Das Aufrufsverfahren

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

OTHMAR KLUSER
von Brig VS

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Juris Druck + Verlag Zürich
1980

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507205_0002

Das Aufrufsverfahren

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

OTHMAR KLUSER
von Brig VS

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Juris Druck + Verlag Zürich
1980

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 14. Februar 1979

Der Dekan:
Prof. Dr. J. Rehberg

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

ISBN 3 260 04766 2

Meinen Eltern

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung 1

§ 1 Geschichte 2
I. Vorläufer im alten deutschen Recht 2
II. Die gerichtlichen Aufrufe in Oberitalien 3
III. Das Ediktalverfahren im gemeinen Recht – Rezeption des römischen Privatrechts 3
IV. Weiterentwicklung in der deutschen Partikulargesetzgebung und in der deutschen Zivilprozessordnung 4
V. Das Aufrufsverfahren in den schweizerischen Kodifikationen 5

§ 2 Begriff und Zweck 8
I. Begriff 8
II. Zweck 8
1. Allgemeines 8
2. Persönliche Ansprüche 10
3. Dingliche Ansprüche 11

§ 3 Der Interessensnachweis 13

§ 4 Die Zuständigkeit 17
I. Rechtswegzuständigkeit 17
1. Allgemeines 17
2. Im Aufrufsverfahren 18
II. Oertliche und sachliche Zuständigkeit 20
1. Allgemeines 20
2. Oertliche Zuständigkeit 20
3. Sachliche Zuständigkeit 21

§ 5 Das Verfahren 23
I. Allgemeines 23
1. Kompetenz zu Verfahrensregelung 23
2. Aufrufsverfahren als Sonderverfahren 24

3. Inhalt der Vorschriften 25
II. Beteiligte 27
1. Im allgemeinen 27
2. Voraussetzungen 28
A. Rechtsfähigkeit 28
B. Handlungsfähigkeit 28
C. Sachlegitimation 29
III. Das Gesuch 30
1. Im allgemeinen 30
2. Inhalt und Form 31
IV. Richterliche Prüfung 31
1. Im allgemeinen 31
2. Verfahrensvoraussetzungen 32
3. Prüfung von Amtes wegen 33
V. Der Aufruf 34
1. Wesen 35
2. Form der öffentlichen Bekanntmachung 35
3. Inhalt 37
A. Allgemein 37
B. Gesuchsteller bzw. betroffene Sache 37
C. Aufforderung 38
D. Androhung eines Rechtsnachteils 39
E. Aufrufsfrist 40
VI. Die Anmeldung 42
1. Allgemein 42
2. Definition 42
3. Inhalt 43
4. Form und Ort 46
5. Bedeutung der Zeit bei Anmeldung bzw. Nichtanmeldung 46
6. Kostentragung 49
A. Allgemein 49
B. Im Aufrufsverfahren 51

§ 6 Wirkung des Aufrufs bei Nichtanmeldung von Ansprüchen 54
I. Zeitpunkt der Wirkung 54

1. Für den Nichtanmelder 54
A. Allgemein 54
B. Interessenabwägung 55
2. Für den Gesuchsteller 57
A. Allgemein 57
B. Bei dinglichen Rechten 57
3. Im deutschen "Aufgebotsverfahren" 58
II. Der Rechtsnachteil 59
1. Allgemein 59
2. Verwirkung 60
III. Abänderungsbefugnis des Aufrufsrichters 62
1. Allgemein 62
2. Gründe 63
3. Schranken 66
IV. Rechtsnatur des Entscheides 66
1. Rechtsgestaltend 66
2. Feststellend 67
3. Fazit 68
V. Materielle Rechtskraft des Entscheides 69
1. Grundsätzliches 69
2. Im Aufrufsverfahren 70
A. Einwände 70
a) Kein Parteienverfahren und beschränkte Prüfungspflicht 70
b) Kein endgültiger Entscheid 71
B. Voraussetzungen 72
a) "Formelle Rechtskraft" und Unabänderlichkeit 72
b) Rechtsgestaltender und feststellender Entscheid 72
C. In persönlicher Hinsicht 74
D. In sachlicher Hinsicht 74
a) Allgemein 74
b) Identität des Sachverhaltes 74
c) Identität des Rechtsbegehrens 75
E. Bindungswirkung 76
F. Fazit 79

§ 7 Rechtsmittel 80
I. Kantonale Rechtsmittel 80
II. Der Weiterzug an das Bundesgericht 80
1. Berufung 80
2. Nichtigkeitsbeschwerde 81
3. Fazit 81
III. Aufsichtsbeschwerde 84

§ 8 Wesen des Aufrufsverfahrens 86
I. Freiwillige oder streitige Gerichtsbarkeit 86
1. Grundsätzliches 86
2. Aufrufsverfahren 89
II. Sonderverfahren 91

§ 9 Bundesrechtsmässigkeit 92
I. Grundsätzliches 92
II. Aufrufsverfahren 94
1. Rechtschutzgewährung ohne Parteiverfahren 94
2. Verwirkung 99

§ 10 Verwandte Rechtsinstitute 103
I. Andere Aufrufsverfahren des Bundes und der Kantone 103
1. Die einzelnen Verfahren 103
A. Kraftloserklärung 103
B. Auskündungsverfahren als Voraussetzung der ausserordentlichen Ersitzung 104
C. Erbenaufruf 105
D. Verschollenerklärung 105
E. Oeffentliche Bekanntmachung der Baute 106
2. Unterschiede 107
A. Zweck 107
B. Inhalt des Aufrufs 108
C. Abschluss des Verfahrens 108
II. Provokation 109
III. Allgemeine Verbote 112

§ 11 Anwendung und Bedeutung 113
I. Anwendung 113
II. Bedeutung 114

LITERATURVERZEICHNIS

Balmer, F.: Erläuterungen zum Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Anpassung der kantonalen Zivilprozessverfahren an das Bundeszivilrech ZSR NF Band 88 (1969), 2. Halbband.

Bärmann, J.: Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, Berlin 1968.

Baur, F.: Freiwillige Gerichtsbarkeit, Tübingen 1955.

– Grundbegriffe der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Stuttgart 1973.

Beseler, G.: System des gemeinen deutschen Privatrechts, 2 Bde., Berlin 1885.

Blomeyer, A.: Zivilprozessrecht, Berlin 1963.

Daude, P.: Das Aufgebotsverfahren nach Reichsrecht und preussischem Landrecht (überarbeitet von E. Daude) München 1930.

Fischer, O.: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes und Konkursrechtes, Berlin 1918.

Fritzsche, H.: Das Rechtsbot, Diss. Zürich 1905.

Guhl/Merz/Kummer: Das schweizerische Obligationenrecht, 6.A., Zürich 1965.

Guldener, M.: Das Schweizerische Zivilprozessrecht, 2.A., Zürich 1958 (zit. Guldener oder Guldener, Zivilprozessrecht)

– Ueber die Herkunft des Schweizerischen Zivilprozessrechtes, Bd. 2 d. Schriften zum Privatrecht, Berlin 1966.

– Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, ZSR NF Band 80 (1961) 2. Halbband S. 1.

– Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz, Zürich 1954.

Guntern, O.: Das intertemporale Recht der Dienstbarkeiten und des Grundbuches im Wallis, Diss. Zürich 1968.

Habscheid, W. J.: Freiwillige Gerichtsbarkeit, 4.A., München 1962.

Heer, L.: Die Provokation zur Klage, Diss. Zürich 1959.

Hellwig, K.: System des Deutschen Zivilprozessrechtes. Leipzig 1912/18.

Holenstein, E.: Der Zivilweg in seiner Abgrenzung vom Verwaltungsweg nach aargauischem Recht, Diss. Zürich 1947.

Keidel, F.: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 6. A., München 1954.

Kummer, M.: Grundriss des Zivilprozessrechtes, 3. A., Bern 1978.

– Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht, Bern 1954.

Lent, F.: Freiwillige Gerichtsbarkeit, Berlin 1925.

Leuch: Ist die allg. Feststellungsklage eidg. Recht i. S. von Art. 56 OG oder kant. Rechts? SJZ 36, S. 293 ff.

Münzel: Freiwillige Gerichtsbarkeit zum Zivilprozess, Zeitschrift für ZP, Bd. 66, S. 334 ff.

Nikisch, A.: Zivilprozessrecht, Tübingen 1950.

Quinodoz, J.: Procédure editale et procédure provocatoire, ZWR 1969, S. 401 ff.

Schlegelberger, F.: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 2 Bde., 6. A., Köln 1952.

Schurter/Fritzsche: Das Zivilprozessrecht der Schweiz, 3. Bde., Zürich 1924/31/33.

Voyame, J.: Droit privé fédéral et procédure civile cantonale, ZSR NF Band 80 (1961) 2. Halbband, S. 67.

Walder, H. U.: Prozesserledigung ohne Anspruchsprüfung, Zürich 1966.

Wettstein, H. R.: Die Aufgabe der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Teil des Zivilverfahrens, Diss. Zürich 1958.

EINLEITUNG

Die vorliegende Arbeit will anhand der Darstellung von Wesen und Zweck des Aufrufsverfahrens die Bedeutung dieses Instituts in der heutigen Rechtsordnung und Rechtspraxis aufzeigen. Das Aufrufsverfahren dient ganz allgemein der Beseitigung der Ungewissheit über private Rechtsansprüche unbekannter Dritter. Während einige Kantone dieses Verfahren überhaupt nie gekannt haben[1] oder es in den letzten Revisionen nicht mehr berücksichtigt wurde[2] oder es nur noch in Ansätzen – von verwandten Verfahren beeinflusst – vorhanden ist[3], ist es in folgenden deutschschweizerischen Zivilprozessordnungen noch erhalten: Aargau 283 ff., Appenzell A.-Rh. 232 ff.[4], Appenzell I.-Rh. 258 ff., Luzern 340 ff., Nidwalden 207 ff., St. Gallen 402 ff. und Wallis 354 ff. Da es sich beim Aufrufsverfahren um ein Ausnahmeverfahren handelt, kommt es nur in denjenigen Kantonen zur Anwendung, wo es ausdrücklich vorgesehen ist. Durch die Verwandtschaft des Aufrufsverfahrens mit der umstrittenen Klageprovokation[5] – welche man heute durch die negative Feststellungsklage zu ersetzen bestrebt ist – spricht die allgemeine Entwicklung gegen dieses Institut, was in Praxis und Doktrin zu Meinungsverschiedenheiten geführt hat. Weil das Verfahren unter verschiedenen Bezeichnungen[6] vorkommt, wird es in dieser Arbeit einheitlich "Aufrufsverfahren"[7] genannt.

---

1 Z. B. Obwalden, Glarus.

2 Z. B. Schwyz, Uri.

3 Z. B. Zug, Thurgau.

4 Der zuhanden der Landsgemeinde 1980 vorliegende Entwurf des Kantonsrates betreffend die Totalrevision der ZPO spricht sich für eine Streichung dieses Instituts aus.

5 Das Aufrufsverfahren ist in Luzern unter "Vom Aufforderungsprozess", im Wallis unter "Die Aufforderung zur Klage" und in Nidwalden unter "Provokation" geregelt.

6 "Die öffentliche Aufforderung zur Geltendmachung privater Rechtsansprüche" (Appenzell-I.-Rh.), "Aufforderung unbekannter Beteiligter" (Luzern), "Oeffentliche Vorladung unbekannter Beteiligter" (Wallis), "Provokation" (Nidwalden) und "Aufgebotsverfahren" (deutsches Zivilprozessrecht §§ 946-1024).

7 Vgl. St. Gallen, Appenzell-A.-Rh. und Aargau.

§1 GESCHICHTE

I. Vorläufer im alten deutschen Recht

Der im römischen Recht geltende Grundsatz, dass niemand wider seinen Willen zur Anstellung einer Klage gezwungen werden soll[8], herrschte auch im alten deutschen Recht[9]. Der Gedanke beruhte auf der noch heute aktuellen Dispositionsmaxime[10], wonach es den Trägern von Privatrechten selbst überlassen bleibt, auf Antrag Rechtsschutz im Rahmen eines Zivilprozesses zu suchen. Gründen und beenden die Beteiligten die privatrechtlichen Verhältnisse, so soll auch der Beginn und die Beendigung eines Prozesses ihrer Disposition unterstellt sein. Der Richter ist nicht befugt, jemanden durch Androhung prozessualer Nachteile vorzeitig zur Geltendmachung seiner Rechte zu zwingen. Einzige Schranke bleibt die Verjährungsfrist. Aber auch das alte deutsche Recht konnte die Rechtsverhältnisse nicht umfassend regeln, ohne Ausnahmen vorzusehen. Da grundbuchliche Einrichtungen fehlten, verlangte die Rechtssicherheit bei Veräusserung von Grundstücken nach einer entsprechenden Institution. Um vor Drittansprüchen gesichert zu sein, liess der Erwerber eines Grundstückes sich vom Richter Frieden wirken (banno stabilire, firmare)[11]. Der Richter forderte auf seinen Antrag hin in einer öffentlichen Gerichtsverhandlung alle Anwesenden, die ein besseres Recht an diesem Grundstück zu haben glaubten, auf, dieses anzumelden (Aufgebot). Diejenigen, die untätig blieben, verurteilte er zu ewigem Schweigen[12] (Ausschlussurteil); daher auch die Bezeichnung dieser Einrichtung als "Verschweigung"[13]. Das Verfahren stützt sich auf den Rechtsscheingrundsatz: wer als Berechtigter einen widersprechenden Rechtsschein nicht beseitigt, büsst sein Recht ein. Andererseits wird der in seinem Rechte geschützt, für den der Rechtsschein spricht[14].

---

8 L. un. Cod. ut nemo invitus agere cogatur (3,7). Wetzell S. 98 Anm. 4.

9 Sächsisches Landrecht I., 62, S. 1: "Man ne sal niemanne dvingen to nener Klage, der he nicht begunt ne hevet."

10 Guldener, S. 125.

11 Wetzell S. 99, Heer S. 12 Anm. 37.

12 Heer S. 13 Anm. 38.

13 Fischer S. 321, Hellwig S. 83.

14 Blomeyer S. 699.

II. Die gerichtlichen Aufrufe in Oberitalien

Seit dem 10. Jahrhundert kennt man die gerichtlichen Aufrufe auch in Oberitalien. Ihr Anwendungsbereich ist allerdings bedeutend grösser als im alten deutschen Recht. Sie dienten zur Sicherstellung von erworbenen Rechten, von Rechten an Grund und Boden, von Privilegien und Immunitäten[15]. Adressaten waren nicht nur alle Beteiligten oder Interessenten, auf deren Schweigen der Bann folgte, sondern auch einzelne bestimmte[16] Personen, bei deren widerspruchslosem Verhalten das in Frage stehende Recht bestätigt wurde. Grossen Anteil an der Entwicklung und Anerkennung dieser Einrichtung hatten die Glossatoren. Zur Rechtfertigung dieser gegen den allgemeinen Grundsatz "ut nemo invitus agere cogatur" verstossenden Ausnahmefälle verwiesen sie auf ähnliche Fälle in römischen Rechtsquellen[17], obwohl das römische Recht selbst keine solche oder ähnliche Verfahren kannte[18]. Zur Gewährung der Rechtssicherheit sah nämlich das römische Recht die Klageverjährung und die Rechtskraftwirkung vor (exceptio rei iudicatae), ging aber niemals so weit, zu diesem Zweck einen Klagezwang zu tolerieren. Die italienischen Juristen[19] aber verglichen die auf der Praxis und statutarischem Recht beruhenden Aufrufe nicht bloss mit scheinbar gleich gelagerten Fällen im römischen Recht, sondern leiteten davon noch weitere Aufrufe ab.

III. Das Ediktalverfahren im gemeinen Recht – Rezeption des römischen Privatrechtes

Von der gemeinrechtlichen Praxis[20] und den deutschen Reichsgesetzen[21] wurden solche Aufrufe übernommen, die missverständlicherweise auf römisch-

---

15 Wetzell S. 99, Daude VIII.

16 Was später zur Klageprovokation führte.

17 Wetzell S. 100 Anm. 11.

18 Hellwig S. 83 Anm. 3, a. M. Beseler S. 203.

19 Beseler S. 204 Anm. 29, Wetzell S. 100 Anm. 11.

20 Vor allem durch das Reichskammergericht im 16. Jahrhundert.

21 Vgl. Beseler S. 203 Anm. 26.

rechtlicher Grundlage weiter entwickelt wurden[22]. Man hielt fest an der Möglichkeit, die Aufforderung zur Klagestellung öffentlich an eine unbestimmte Vielzahl von Interessenten oder an einzelne bestimmte Personen zu richten[23] (seit dem 17. Jahrhundert Provokation genannt). Das Anwendungsgebiet der öffentlichen Aufforderung war allerdings beschränkt auf einige wenige Fälle, die sich vom Rechtsbrauch oder praktischen Gesichtspunkten her aufgedrängt hatten. Bei gerichtlichem Verkauf von unbeweglichen Pfandobjekten (Versteigerungsgrundstücken) und im Konkursverfahren wurden durch Edikte alle, die ein Recht zu haben glaubten und sich dementsprechend am Erlös beteiligen wollten, innert bestimmter Frist zur Geltendmachung aufgefordert, ansonsten sie aus dem Verfahren ausgeschlossen waren, was zur Folge hatte, dass sie beim Verkauf des Pfandobjektes das Pfandrecht verloren und im Konkurs die Befriedung ausblieb.

IV. Weiterentwicklung in der deutschen Partikulargesetzgebung und in der deutschen Zivilprozessordnung

Durch die Partikulargesetzgebung[24] wurden die einzelnen Aufrufsfälle weiter ausgebildet und um eine nicht geringe Zahl vermehrt. Eine einheitliche Entwicklung lässt sich in der Vielfalt der Anwendungsmöglichkeiten nicht mehr feststellen, da die Partikularrechte verschiedene Wege gingen. Trotzdem sei auf neue Aufrufe hingewiesen, durch deren gesetzliche Anerkennung das Aufrufsverfahren entscheidend an Bedeutung gewann[25]:

- zur Feststellung des Besitzes und dinglicher Rechte an Grundstücken bzw. zur Einrichtung von Hypothekenbüchern;

---

22 Wetzell S. 100/101 Anm. 13.

23 Seit dem 17. Jahrh. "Provokation" genannt.

24 Vgl. Preussen 1763, Sachsen 1779.

25 Beseler S. 206.

- zur Feststellung des Bestandes der Erbschaft auf Antrag des Beneficialerben;
- zur Kraftlos-Erklärung von verloren gegangenen Urkunden.

Aufgrund der Unübersichtlichkeit der gesamten Aufrufsfälle und deren vielgestaltigen Verfahrensarten in den einzelnen Staaten selbst, drängte sich immer mehr eine einheitliche Regelung auf. Diese wurde allerdings erschwert durch die Vielzahl von Sondergesetzen und Statuten, durch die Aufhebung und Abänderung bestehender Vorschriften, durch Schaffung neuer Arten, so dass man von einer umfassenden Neuregelung absah und sich in der Zivilprozessordnung (§§ 823-836) vom 31.1.1877 auf die Aufstellung allgemeiner Bestimmungen beschränkte. Diese sollten für alle Aufrufsfälle gelten, sofern nicht reichsgesetzlich oder nach EG z. ZPO § 11 zugunsten der Landesgesetze etwas anderes bestimmt werden konnte.

Die Möglichkeit, eine Einzelperson zur Klage zu provozieren, wurde beseitigt, und nur die öffentliche Aufforderung zur Anmeldung von Rechten beibehalten. Damit war die Kontroverse um den Zweck der Institution beigelegt und das Aufrufsverfahren als besondere Art des zivilprozessualen Feststellungsverfahrens charakterisiert.

Durch das Gesetz betreffend die Aenderung der Zivilprozessordnung vom 17.5.1898 wurde das Aufrufsverfahren (§ 946-1024) eingehender geregelt, so dass der Vorbehalt zugunsten der Landesrechte erheblich eingeschränkt wurde und man damit der Vereinheitlichung einen wesentlichen Schritt näher kam.

V. Das Aufrufsverfahren in den schweizerischen Kodifikationen

Nach der Helvetik mit ihrer für die ganze Schweiz einheitlichen Gerichtsorganisation von 1798 gingen die einzelnen Kantone daran, ein eigenes Gerichts-

wesen aufzubauen. Da keine einheimische Prozesslehre bestand[26], orientierten sich die Deutschschweizer Kantone in ihren Kodifikationen nach dem gemeinen Recht[27]. So kommt es, dass in den deutsch-schweizerischen Zivilprozessordnungen bis auf den heutigen Tag nicht nur einzelne gemeinrechtliche Ausdrücke[28] erhalten blieben, sondern auch ganze Institute[29], wie das Aufrufsverfahren.

Dass dieses Institut Aufnahme in den Zivilprozessordnungen fand, wurde dadurch begünstigt, dass einzelne Kantone bereits eine verfahrensähnliche Einrichtung kannten: das Rechtsbot[30] gegen unbestimmte Personen. Dabei handelt es sich um öffentlich bekanntgemachte Verbote oder/und Gebote zum Schutze von Liegenschaften gegen unberechtigte Handlungen. Es sind zivilprozessuale Massnahmen, deren Wirkung unter Strafdrohung sofort (unbedingt) oder nach unterlassenem Rechtsvorschlag (bedingt) eintritt. Wird innert bestimmter Frist das Rechtsbot nicht richterlich geöffnet, so entfaltet es seine Rechtskraftwirkung ohne richterliche Kognition oder es kann nur durch die zuständige Behörde aufgehoben werden. Das Gemeinsame am Aufrufsverfahren und den allgemeinen Rechtsboten besteht in den Adressaten (unbestimmter Personenkreis), in der öffentlichen Bekanntmachung und in einer damit verbundenen Fristansetzung. Zweck, Mittel und Wirkung weichen je nach Kanton mehr oder weniger stark voneinander ab, was besonders dort der Fall ist, wo die allgemeinen Verbote neben dem eingeführten Aufrufsverfahren weiterbestehen.

Der Einfluss des Aufrufsverfahrens war trotz seines unterschiedlichen Zweckes dort am grössten, wo Rechtsbote nur gegen bestimmte Personen zugelassen waren. Kantone mit auch allgemeinen Rechtsboten bauten dieses Institut bis zur Rechtskraftwirkung aus, so dass trotz anderer Zielsetzung kein Bedürfnis mehr zur Einführung des Aufrufsverfahrens bestand.

---

26 Die bedeutendsten Werke über das Prozessrecht, von Porta und Schnell, waren gemeinrechtlich ausgerichtet (Guldener, Ueber die Herkunft des schweizerischen Zivilprozessrechtes, S. 14).

27 Schurter/Fritzsche II, S. 14.

28 Guldener a.a.O. S. 17.

29 Guldener a.a.O. S. 22.

30 Fritzsche S. 290, 293. Vgl. heute §10 III.

Trotz gegenseitiger Beeinflussung ist die Behauptung einer entwicklungsgeschichtlichen Abhängigkeit beider Institute voneinander nicht angebracht. Was auf eine Beziehung des Rechtsbotes zum Aufrufsverfahren schliessen lässt, ist einzig die Tatsache, dass alle Zivilprozessordnungen mit diesem Verfahren das Rechtsbot kannten oder noch kennen. Dieser Einfluss ist insofern von Bedeutung, als Kantone mit Rechtsboten zur Aufnahme des verfahrensähnlichen gemeinrechtlichen Aufrufsverfahrens eher bereit waren als andere. Die beiden Institute sind sonst in ihrer Zielsetzung zu verschieden, als dass man das Rechtsbot als Vorstufe des Aufrufsverfahrens bezeichnen könnte. Das ergibt sich schon aus dem Nebeneinander beider Verfahren in einigen Kantonen[31].

Obwohl das Aufrufsverfahren in den schweizerischen Kodifikationen von einheimischem Einfluss nicht verschont blieb, lässt sich unschwer der gemeinrechtliche Zug feststellen, wie er auch in den beiden Kodifikationen der deutschen Zivilprozessordnung von 1877 und 1898 vorherrscht. Aufgrund des gemeinsamen Ursprungs und der weitgehenden Aehnlichkeit des schweizerischen Aufrufsverfahrens mit dem deutschen "Aufgebotsverfahren" ist es unerlässlich, sich mit der reichhaltigen deutschen Praxis und Rechtssprechung auseinanderzusetzen. Dies ist deshalb von nicht geringer Bedeutung, weil das Aufrufsverfahren in Deutschland weiter ausgebildet wird, während es sich in der Schweiz nicht durchsetzen konnte; davon zeugt auch die geringe Praxis und Doktrin.

---

31 Z. B. Aargau ZPO 257 ff., 263 neben 283 ff., Luzern ZPO 350 neben 340 und Nidwalden ZPO 193 neben 207 ff.

§ 2 BEGRIFF UND ZWECK

I. Begriff

Da keine einheitliche schweizerische Zivilprozessordnung besteht[32], fehlt es auch an einer allgemein gültigen Begriffsbestimmung[33] des kantonalen Aufrufsverfahrens. Trotz ihres gemeinsamen Ursprungs weichen die einzelnen Verfahren in ihrem Anwendungsbereich und in ihrem Verfahrensablauf zu stark voneinander ab, als dass man von einem einheitlichen Gebilde ausgehen könnte. Es kann somit nur beim Versuch einer Umschreibung bleiben, die sich darauf beschränken muss, die allen kantonalen Aufrufsverfahren gemeinsamen Merkmale aufzuzeigen.

Ausgangspunkt aller Aufrufsverfahren ist das Rechtsschutzbedürfnis gegen Unbekannt, hervorgerufen durch Zweifel oder Ungewissheit über das Bestehen allfälliger dinglicher und/oder persönlicher Ansprüche Dritter. Der Zustand der Rechtsunsicherheit soll in einen solchen der Rechtsgewissheit überführt werden, um sich endgültig gegen Drittansprüche abgesichert zu wissen. Es handelt sich um einen präventiven Akt mit provokativem Charakter, den die einzelnen kantonalen Zivilprozessordnungen zur Verfügung stellen, falls die Verfahrensvoraussetzungen erfüllt sind.

II. Zweck

1. Allgemeines

Aufgrund des unbekannten Personenkreises ist es unmöglich, direkt gegen Drittansprecher vorzugehen und allenfalls durch Klage gegen sie den Rechts-

---

32 BV 64 Abs. 3.

33 Nach dem deutschen Zivilprozessrecht § 946 ist das Aufgebot " eine öffentlich-gerichtliche Aufforderung zur Anmeldung von Ansprüchen oder Rechten, mit der Wirkung, dass die Unterlassung der Anmeldung einen Rechtsnachteil zur Folge hat".

zustand zu klären. Anstelle der direkten Klage[34] tritt das Aufrufsverfahren in dem Sinne, dass es durch den Aufruf allfällige Interessenten auffordert, ihre Ansprüche anzumelden. Dadurch soll grundsätzlich festgestellt werden, ob überhaupt Drittansprecher vorhanden sind. Erfolgen Anmeldungen, ist die Klagemöglichkeit geschaffen und im Falle der Uneinigkeit wird die Auseinandersetzung auf den Prozessweg verwiesen. Bleibt die Geltendmachung von Ansprüchen aus bzw. ist weiterhin Klageunmöglichkeit gegeben, kann die Rechtsunsicherheit nur dadurch beseitigt werden, dass der Aufrufsrichter feststellt, dass keine Anmeldungen erfolgt sind bzw. dass dem Gesuchsteller sein mangels Anmeldungen unbestrittenes Recht zur freien Verfügung steht.

Nach Ablauf der Aufrufsfrist erstreckt sich die Prüfung des Richters weder auf den Bestand des unangefochtenen Rechtes des Gesuchstellers noch auf jenen der erhobenen Ansprüche, sondern es wird die jeweilige Rechtslage festgehalten und zur Erlangung der Rechtssicherheit die entsprechende Konsequenz gezogen. Während bei Anmeldungen von Ansprüchen das Aufrufsverfahren nur als Zwischenstufe dient und die Fortsetzung bzw. die endgültige Bereinigung der allenfalls entgegenstehenden Ansprüche auf dem Prozesswege erfolgt, kommt dem Aufrufsverfahren im Falle von Nichtanmeldungen ein anderer Stellenwert zu. Mangels einer Gegenpartei bzw. der Kenntnis von Rechten und Ansprüchen Dritter kann Rechtssicherheit nur dadurch geschaffen werden bzw. die Rechtsunsicherheit beseitigt werden, dass an den Entscheid[35] des Richters bestimmte Rechtsfolgen bzw. Rechtswirkungen geknüpft werden, die für immer und jedermann gelten.

Mit einer Ausnahme[36] richtet sich der Aufruf an Personen mit persönlichen oder dinglichen Ansprüchen. Dass davon öffentlich-rechtliche Ansprüche aus-

---

34 Obwohl gerade die Klageunmöglichkeit das Wesen des Aufrufsverfahrens ausmacht und deshalb selbstverständliche Verfahrensvoraussetzung ist, wird sie von Appenzell-I.-Rh. ZPO 258 Abs. 1 und Appenzell-A.-Rh. ZPO 232 Abs. 1 ausdrücklich verlangt.

35 Ueber dessen Rechtsnatur teilen sich allerdings die Meinungen, so dass bald von rechtsgestaltender, bald von feststellender Wirkung die Rede ist.

36 Wallis ZPO 354: "... gegen dingliche Rechte Dritter, mit denen ein Grundstück belastet ist ...".

geschlossen sind, stellt jene Formulierung klar, die von "privaten Rechtsansprüchen"[37] spricht. Abgesehen von einer Beschränkung auf dingliche Rechte an Grundstücken[38] oder auf einen durch einen Katalog abgegrenzten Anwendungsbereich[39] können sonst sämtliche privat-rechtlichen Ansprüche aufgerufen werden.

2. Persönliche Ansprüche

Unter persönlichen Ansprüchen sind solche zu verstehen, die nur gegenüber einer bestimmten Person bzw. einer bestimmten Gruppe von Personen geltend gemacht werden können (relative Rechte) und Dritten gegenüber keine Wirkung entfalten. Dazu gehören:

- Obligatorische Rechte[40]
- Realobligatorische Rechte[41]
- Mitwirkungsrechte[42]
- Gestaltungsrechte[43]

Verglichen mit den dinglichen Rechten dürfte die Rechtsunsicherheit hinsichtlich persönlicher Rechte wohl eher die Ausnahme sein. Anstelle eines Katalogs von durch öffentlichen Aufruf aufklärungsbedürftigen persönlichen Rechten hat man sich auf eine Generalklausel geeinigt, die jeder Eventualität zuvorkommen soll. Obwohl die persönlichen Rechtsverhältnisse übersichtlicher

---

37 Appenzell-I.-Rh. ZPO 258 Abs. 1 und Appenzell-A.-Rh. ZPO 232 Abs. 1.

38 Wallis ZPO 354.

39 Aargau ZPO 284.

40 Aus einem Schuldverhältnis zwischen bestimmten Personen hat der Gläubiger bloss Anspruch auf ein bestimmtes Verhalten des Schuldners, ohne das Dritte dadurch verpflichtet würden.

41 Obligatorische Verpflichtungen werden mit einer dinglichen Berechtigung verknüpft, so dass der jeweilige Sacheigentümer verpflichtet ist.

42 Aus dem Familienrecht und Erbrecht sich ergebende subjektive Rechte.

43 Durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung kann rechtsbegründend, rechtsverändernd oder rechtsaufhebend in den Bestand subjektiver Rechte eingegriffen werden.

gestaltet sind und daher weniger Anlass zu Rechtsunsicherheit geben als die dinglichen Rechte, soll den Privatpersonen generell die Möglichkeit offen stehen, sich mittels Aufrufsverfahren auch über eine ungewisse Rechtslage betreffend persönlicher Rechte Rechtssicherheit zu verschaffen.

3. Dingliche Ansprüche

Dingliche Ansprüche[44] haben eine objektbezogene Sache[45] zum Gegenstand und gewähren als Herrschaftsrechte Schutz gegenüber jedermann. Der Berechtigte hat eine unmittelbare Herrschaft über die Sache und kann gegen jeden vorgehen, der sie ihm vorenthält. Die vereinzelt auftretende Formulierung – dingliche Ansprüche in bezug auf irgend eine[46] oder gewisse[47] "Sache" – ist insofern überflüssig, als sich dingliche Rechte nur auf Sachen bzw. körperliche Gegenstände beziehen und Immaterialgüter, Rechte usw. ausgeschlossen sind.

Als entsprechende Folge der Absolutheit dinglicher Rechte ist es notwendig, dass ihr Inhalt und Bestand von jedermann anerkannt wird. Dies ist aber nur dann möglich, wenn die dinglichen Rechte bzw. Rechtsverhältnisse auch tatsächlich bekannt sind. Dazu dient das im Sachenrecht geltende Publizitätsprinzip[48].

Für dingliche Rechte an Grundstücken ist der Grundbucheintrag die äussere Erscheinungsform, auf den sich jeder Gutgläubige verlassen kann[49]. Da das eidgenössische Grundbuch heute noch nicht überall eingeführt und somit der Grundsatz der Offenkundigkeit nicht absolut gewährleistet ist, drängt sich

---

44 Eigentum und beschränkt dingliche Rechte (Pfandrechte, Grundlasten und Dienstbarkeiten).

45 Fahrnis i.S. des ZGB und Grundstücke (ZGB 655).

46 Aargau ZPO 283.

47 Luzern ZPO 340 Abs. 1.

48 Oder Offenlegungsprinzip, Grundsatz zur Offenkundigkeit. Tuor S. 424.

49 Positive Rechtskraft des Grundbuches (Tuor S. 470 ff.).

das Aufrufsverfahren in diesen Fällen sowie für die nicht eintragungsbedürftigen Rechte[50] als Publizitätsersatz auf.

Bei dinglichen Rechten an Fahrnis ist der Besitz[51] Publizitätsmittel, wobei zwischen dem Besitzer und einem eventuell besser Berechtigten die widerlegbare Vermutung geknüpft wird, es sei der Besitzer der Berechtigte[52]. Gutglaubensschutz des Dritten ist dadurch gewährleistet, dass er sich auf den Rechtsschein verlassend (aufgrund einer unwiderlegbaren Vermutung) das Recht vom bloss vermeintlich Berechtigten (gegenüber dem besser Berechtigten) erwirbt. Das gilt nicht für abhanden gekommene Sachen[53], wo sich der besser Berechtigte je nachdem durchsetzen kann.

---

50 Hinten § 11, II.

51 Ausnahmsweise besteht auch für die Fahrnis eine künstliche Publizitätseinrichtung in der Form eines Registers: Eigentumsvorbehalt (ZGB 715), Viehverschreibung (ZGB 885), Schiffsverpfändung, Verpfändung von Luftfahrzeugen usw.

52 ZGB 930/931.

53 ZGB 934/935.

§ 3 DER INTERESSENSNACHWEIS

Aufgabe der Zivilprozessordnung ist es, der Privatrechtsordnung (als Inbegriff der privaten Interessen im Gegensatz zu denjenigen der Gesamtheit) Rechtsschutz zu gewähren, sobald der Einzelne ohne ihre Hilfe seine Rechte nicht mehr ausüben kann. Grundsätzlich ist ein Interesse am Rechtsschutz vorausgesetzt, damit der Staat dem Einzelnen beistehe und eingreife. Der Unterschied besteht einzig im Nachweis des Interesses, und zwar insofern, als bei offenkundigem Vorliegen[54] oder beim Erlass des Nachweises[55] die Rechtsschutzvoraussetzung als gegeben erachtet wird, während in allen andern Fällen[56], ob ausdrücklich vorgesehen oder nicht, der Nachweis des Interesses zur Voraussetzung der Rechtsschutzgewährung gemacht wird.

Neben dem Vorhandensein der Ungewissheit über allfällige Personen mit persönlichen oder dinglichen Ansprüchen wird auch vom Gesuchsteller grundsätzlich der Nachweis des Interesses gefordert, gegen dergleichen Ansprüche Sicherheit erlangen zu wollen[57].

Ueber den Begriff des nachzuweisenden rechtlichen Interesses im Aufrufsverfahren herrscht insofern Klarheit, als einerseits in den meisten[58] Fällen umschrieben wird, auf was es sich beziehen muss[59], und andererseits

---

54 "Bei einer Leistungs- oder Gestaltungsklage begründet das Rechtsschutzinteresse im allgemeinen schon die Tatsache der Nichterfüllung eines fälligen Anspruchs bzw. die Unmöglichkeit, eine Rechtsveränderung anders als durch richterliches Urteil herbeizuführen". (Sträuli/Messmer S. 93). Leuch S. 296, Kummer, Klagerecht S. 34.

55 Z. B. indirekt dadurch, dass das Feststellungsinteresse ohne weiteres als gegeben erachtet wird, "wenn eine Bestimmung des Bundesrechts die Klage für einen bestimmten Fall vorsieht". (SJZ 69 S. 196).

56 Bei der gerichtlichen Feststellung ist das rechtliche Interesse daran vom Kläger im einzelnen Fall nachzuweisen (Sträuli/Messmer S. 93).

57 Nicht ausdrücklich verlangt von Appenzell-I.-Rh. ZPO 258 und Wallis ZPO 354, ergibt sich aber als selbstverständlich aus dem Wesen des Aufrufsverfahrens.

58 Ausgenommen: Wallis ZPO 354, Appenzell-I.-Rh. ZPO 258, Appenzell-A.-Rh. ZPO 232.

59 Sicherheit zu erhalten gegen persönliche oder dingliche Ansprüche unbekannter Personen.

die meisten Formulierungen inhaltlich der bundesgerichtlichen Judikatur[60] entsprechen, wonach ein nach vernünftigem Ermessen wesentliches Interesse erforderlich ist, um die "Ungewissheit" zu beseitigen, durch die der Gesuchsteller in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit behindert ist.

Was nun das Besondere des Aufrufsverfahrens im Vergleich zu anderen Rechtsschutzvorrichtungen ausmacht, ist die das rechtliche Interesse begründende Rechtunsicherheit. Sie entsteht nicht durch bereits vorhandene Gefährdung, Verletzung, Bestreitung oder Anspruchsberühmung, sondern durch die Ungewissheit, ob und was für Ansprüche bestehen. Das Verfahren gibt dem Gesuchsteller die Möglichkeit, sich gegenüber diesen Ansprüchen abzusichern, indem die Rechtsunsicherheit beseitigt wird. Aufgrund der vielen ungewissen Faktoren und der Vielgestaltigkeit der einzelnen Aufrufsfälle haben die Zivilprozessordnungen eine grundsätzliche Regelung bezüglich der Antragsberechtigung getroffen, indem sie für alle Aufrufe generell den Nachweis des Interesses fordern[61].

Die weitgefasste Formulierung bietet aber nicht nur den Vorteil einer vielfältigen Subsumierung, sondern birgt zugleich auch die Gefahr, missbräuchlich angewendet zu werden. Demzufolge ist genau abzugrenzen, was im einzelnen mit dem "nach vernünftigem Ermessen wesentlichen Interesse zur Beseitigung der Ungewissheit" zu verstehen ist. Es ist der Tatsache Rechnung zu tragen, dass es sich um ein Ausnahmeverfahren handelt, dessen Anwendung entsprechend restriktiv zu handhaben ist. Massgebend ist die Auslegung des Interesses bzw. die Anforderungen an den Nachweis.

Mangels eines ausdrücklich vorgesehenen Massstabs, der an den Nachweis des Interesses gestellt wird, gewinnt das richterliche Ermessen an Bedeutung. Demnach kann höchstens von einer Mindestanforderung ausgegangen werden, wonach der Gesuchsteller am Aufruf ein nach vernünftigem Ermessen beachtliches Interesse haben muss. Dieses kann sich aus rechtlichen, tatsächlichen, wirtschaftlichen und ideellen Bedürfnissen heraus einstellen,

---

60 SJZ 69 S. 196 Anm. 36.

61 Es erfolgt keine für den einzelnen Aufrufsfall verschiedenartige Begrenzung und Anknüpfung an verschiedenartige Bedingungen nach Bestimmungen eines massgebenden Sondergesetzes (Daude S. 7).

so dass jede weitere Umschreibung zu Missverständnissen führen würde. Das in den meisten[62] Gesetzen ausdrücklich geforderte "rechtliche" Interesse[63] besagt demnach nichts anderes, als dass das Interesse "rechtserheblich, schutzwürdig" sein müsse. Das öffentliche Interesse würde insofern den Rahmen der Privatrechtsordnung sprengen, als es hier gerade um die Rechtsverwirklichung privater Interessen geht im Gegensatz zu solchen der Gesamtheit. Wenn auch das auf Antrag erfolgte Aufrufsverfahren nachträglich allenfalls im öffentlichen Interesse liegt, so ist zur Einleitung des Verfahrens allein das privatrechtliche Interesse des Antragstellers massgebend. Als weitere Umschreibung des nachzuweisenden Interesses dient die negative Abgrenzung in dem Sinne, dass festzuhalten ist, wann ein Rechtsschutzinteresse nicht vorliegt.

Vereinzelt halten die Gesetze fest, dass bei der Möglichkeit einer eigenen Klage das Aufrufsverfahren ausgeschlossen sei[64]. Dieser Zusatz ist insofern überflüssig, als das Verfahren gerade für die Fälle vorgesehen ist, wo wegen der Klageunmöglichkeit Rechtsschutz gewährt werden soll. Besteht die Möglichkeit zu klagen, muss zwangsläufig auch der Adressat bekannt sein, so dass mangels der Ungewissheit über einen eventuellen Personenkreis eine wichtige Voraussetzung des Aufrufsverfahrens gar nicht vorliegt und sich daher die Frage über die Zulässigkeit dieses Verfahrens gar nicht erst stellt. Klagemöglichkeit und Aufrufsverfahren schliessen einander aus, so dass der eine Weg nur beschritten werden kann, wenn der andere nicht offen steht. Das Verfahren kann nur bei Klageunmöglichkeit – wenn keine Adressaten vorhanden bzw. bekannt sind – eingeleitet werden, ansonsten das Interesse am Verfahren fehlt. Aus dieser Ueberlegung heraus verzichten die meisten Zivilprozessordnungen auf die ausdrückliche Erwähnung dieses Zusatzes.

Mangelndes Interesse ist immer dann anzunehmen, wenn das Gesuch um öffentliche Aufforderung nicht um des Rechtsschutzes willen erfolgt. Zu

---

62 Appenzell-A.-Rh. ZPO 232, Aargau ZPO 283, Luzern ZPO 340, St. Gallen ZPO 402.

63 Als Gegensatz zum "tatsächlichen" Interesse, das von der Zürcher Praxis als ungenügend abgelehnt wurde (SJZ 69 S. 195).

64 Appenzell-I.-Rh. ZPO 258, Appenzell-A.-Rh. ZPO 232.

denken wäre an den Fall, wo beim Gesuchsteller keine Ungewissheit über die rechtliche Situation vorliegt, er aber trotzdem zum Schein ein Gesuch stellt, um so den Gegner zu schikanieren oder auf dessen Rechtsverlust durch Nichtanmeldung zu spekulieren. Dem steht grundsätzlich Art. 2 Abs. 2 ZGB entgegen, wonach bei offenbarem Missbrauch der Staat nicht gehalten ist, seine Gerichte zum Rechtsschutz zur Verfügung zu stellen.

Betreffend der Frage, ob bundesrechtliches oder kantonalrechtliches Rechtsschutz-Interesse über die Zulassung eines Aufrufsverfahrens entscheide, ist festzuhalten, dass bei vorliegendem bundesrechtlichem Rechtsschutz-Interesse die Kantone grundsätzlich verpflichtet sind, Rechtsschutz zu gewähren. Nach der vom Bundesgericht[65] eingeräumten Freiheit steht es aber den Kantonen frei, über die vom Bundesgericht aufgestellten Mindestanforderungen hinauszugehen und auch dort Rechtsschutz zu gewähren, wo das entsprechende bundesrechtliche Interesse fehlt, es sei denn, das Bundesgericht untersage dies ausdrücklich für den konkreten Fall. Kantonales Rechtsschutz-Interesse kann insofern von Bedeutung sein, als das kantonale Prozessrecht fordern kann, dass im konkreten Einzelfall von dem von ihm zur Verfügung gestellten Verfahren dieses und nicht ein anderes zur Anwendung gelangen müsse[66]. Kantonales Rechtsschutz-Interesse ist ferner Massstab für alle Fragen, die das kantonale materielle Recht betreffen.

Aufgrund des bundesrechtlich anerkannten Rechtsschutz-Interesses ist es Sache des Bundesrechtes, festzustellen, inwieweit ein Anspruch auf Rechtssicherheit durch Beseitigung der Ungewissheit über dingliche oder persönliche Rechte Dritter besteht, und Sache des kantonalen Prozessrechtes[67], das den Rechtsschutz am besten zu gewährende Verfahren zur Verfügung zu stellen. Das in einem kantonalen Prozessrecht vorgesehene Aufrufsverfahren gibt an sich trotz vorliegendem Rechtsschutz-Interesse noch keinen Anspruch auf dessen Einleitung, steht es doch den Kantonen frei, ein anderes, zu gleichen Zielen führendes Verfahren vorzusehen[68].

---

65 Kummer, Klagerecht S. 56.

66 Kummer, Klagerecht S. 54.

67 Ausser wenn das Bundesrecht ausdrücklich ein Verfahren vorsieht, z. B. ZGB 662, OR 981 usw.

68 Kummer, Klagerecht S. 54.

§ 4 DIE ZUSTAENDIGKEIT

I. Rechtswegzuständigkeit

1. Allgemeines

Als weitere Verfahrensvoraussetzung stellt sich die Frage nach der gerichtlichen Zuständigkeit. Im allgemeinen wird die Zulässigkeit des Rechtsweges als Voraussetzung der örtlichen, sachlichen und funktionellen Zuständigkeit verstanden[69]. Weil das Aufrufsverfahren einer Verwaltungstätigkeit[70] nahe kommt, rechtfertigt sich aber eine gesonderte Betrachtung der Rechtswegzuständigkeit.

Die Abgrenzung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit fällt nicht in diesen Bereich[71]; geht es doch hier um die Frage der Gerichtsbarkeit, ob nämlich eine Zivilprozesssache oder Verwaltungsstreitsache vorliegt, und nicht darum, zwischen verschiedenen Zuständigkeitskreisen[72] zu unterscheiden. Die Rechtswegzuständigkeit gibt darüber Auskunft, ob überhaupt ein Gericht zuständig sei und nicht darüber, ob eines von mehreren Gerichten das richtige sei[73]. Da die Rechtssprechung auch den Verwaltungsbehörden übertragen sein kann, gilt es abzuklären, wann eine Angelegenheit nach den Regeln des Zivilprozesses bzw. vom Zivilgericht zu erledigen sei.

Zur Beantwortung der Frage, ob eine Zivilprozesssache oder Verwaltungsstreitsache vorliegt, ist das Prinzip der Gewaltentrennung[74] herbeizuziehen. Da aber nicht jede Tätigkeit der Gerichte Rechtssprechung ist - dem Gericht kann auch die freiwillige Gerichtsbarkeit übertragen sein - und nicht alle Rechtssprechung den Gerichten zukommt - die Verwaltungsbehörde kann

---

69 Walder S. 19.

70 Wettstein S. 23.

71 Vgl. hinten § 8, I., 1.

72 Ordentliche oder Sondergerichtsbarkeit, streitige oder freiwillige Gerichtsbarkeit.

73 Holenstein S. 62.

74 Ein von Montesquieu aufgestelltes politisches Postulat (Holenstein S. 14).

im Rahmen der Verwaltungsrechtspflege Rechtssprechungsbefugnis haben[75] –, gibt das Gewaltentrennungsprinzip nicht erschöpfend[76] Auskunft, wann die Gerichte und wann die Verwaltung zum Zuge kommt[77]. Aus diesem Grund lassen sich Justiz und Verwaltung nicht materiell, sondern nur formell organisatorisch auseinanderhalten, aufgrund der positiven Regelung des Gesetzgebers. Erst wo positivrechtliche Bestimmungen fehlen, kommen die allgemeinen Trennungsgrundsätze zur Anwendung, wonach zur Erledigung von Privatrechtsangelegenheiten die ordentlichen Gerichte zuständig sind.

2. Im Aufrufsverfahren

Das Aufrufsverfahren ist in allen Fällen positivrechtlich vom Gesetzgeber ausdrücklich dem Zivilweg[78] zugewiesen worden, indem die ordentlichen Gerichte zur Erledigung von privatrechtlichen Angelegenheiten in diesem Verfahren für zuständig befunden wurden. Dass eine formell organisatorische Begriffsbestimmung für das Aufrufsverfahren von Bedeutung ist, ergibt sich daraus, dass eine Abgrenzung nach einem materiellen Kriterium[79] es aufgrund seiner Aehnlichkeit mit Verfahren in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten dem Verwaltungsweg zuweisen würde. Obwohl das Aufrufsverfahren

---

75 Da die Entwicklungstendenz in der Richtung der "Abwertung und Auflösung der Gewaltenteilungsdogmatik" verläuft, können jeder Gewalt neben ihrer Hauptfunktion solche aus den beiden anderen Kompetenzsphären zugewiesen werden (Holenstein S. 18/19).

76 "Die Verfassungen begnügen sich durchwegs mit der Aufstellung von Richtlinien und überlassen die nähere Abgrenzung der Kompetenz der Gesetzgebung" (Holenstein S. 20).

77 Dementsprechend ist der Gegensatz zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht ein historischer, nicht begrifflicher, dessen Grenzen nicht fest sind.

78 Wobei eine Regelung in der ZPO allein noch nicht den Rechtsweg begründet, da z.B. auch die freiwillige Gerichtsbarkeit hier geordnet ist, ob sie nun einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde übertragen ist. Zivilprozesssachen und Privatrechtssachen decken sich nicht derart, dass durch die Zuweisung auf den Rechtsweg die Angelegenheit privatrechtlich wäre.

79 Rechtssprechung ist Rechtsanwendung zur Erledigung von Streitigkeiten, und die Verwaltung stellt jede Rechtsanwendung dar, die nicht in der Streiterledigung besteht.

in einem obrigkeitlichen Verfahren besteht, indem der rechtsanwendenden Behörde nur ein Beteiligter gegenübersteht und einzelne Verfahrensgrundsätze Aehnlichkeit mit dem Verwaltungsverfahren aufweisen, geht es nicht darum, Rechtsbeziehungen zwischen der Obrigkeit und dem Bürger zu regeln (Verwaltung), sondern um die Rechtsverwirklichung auf dem Gebiete des Privatrechts. Die durch das Verfahren aufzudeckenden ungewissen persönlichen oder dinglichen Ansprüche beziehen sich auf eine "Sache", die dem Rechtsgebiet des Privatrechts angehört. Darauf kommt es grundsätzlich an[80], wenn es den Rechtsweg vom Verwaltungsweg abzugrenzen gilt, so dass die Rechtsanwendung auf dem Gebiet des Privatrechts auf den Rechtsweg zu verweisen ist und die Rechtsanwendung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts auf dem Verwaltungsweg erfolgt.

Ist das Aufrufsverfahren ausdrücklich von einem Privaten einzuleiten, ist nicht ausgeschlossen, dass neben privaten Interessen ein öffentliches Interesse an der Schaffung der Rechtssicherheit im Privatrechtsverkehr bzw. an der Bewährung der Privatrechtsordnung besteht[81]. Obwohl somit auch allfällige öffentliche Interessen wahrgenommen werden können, hat das Aufrufsverfahren die Ordnung von Privatrechtsangelegenheiten zum Gegenstand, die in jedem Fall ein privatrechtliches Interesse der Beteiligten bedingt. Ein ausschliesslich öffentliches Interesse an der Regelung von Rechtsangelegenheiten würde nur dem Interesse des Staates dienen, und dadurch würden die Pflichten Privater gegenüber dem Staat realisiert, so dass der Verwaltungsweg zu begehen wäre. Obwohl das Aufrufsverfahren einer Verwaltungstätigkeit ähnlich kommt, grenzt die Voraussetzung privatrechtlicher Interessen des Antragsstellers zur Regelung einer Privatrechtsangelegenheit den zu begehenden Rechtsweg klar vom Verwaltungsweg ab.

Generell ergibt sich aus dem Grundsatz, "dass die subjektiven Privatrechte zu ihrer Verwirklichung des Schutzes des Zivilprozessrechtes bedürfen" (so-

---

80 Nicht darf darauf abgestellt werden, ob der Gesuchsteller die von der Rechtsunsicherheit betroffene "Sache" als privatrechtliche bezeichnet oder nicht, weil der Richter das materielle Recht von Amtes wegen zur Anwendung zu bringen hat.

81 Vgl. Wach S. 4.

fern Rechte und Pflichten nicht freiwillig beachtet werden), dass keine Vereinbarung[82] hinsichtlich des anzuwendenden Rechtes getroffen werden kann.

II. Oertliche und sachliche Zuständigkeit

1. Allgemeines

Neben der Frage des Rechtsweges bzw. der richtigen Verfahrensart ist die Verfahrensvoraussetzung[83] der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit zu beachten. Von besonderer Bedeutung ist vor allem die örtliche Zuständigkeit. Während hinsichtlich des Aufrufsverfahrens die sachliche Zuständigkeit von den Zivilprozessordnungen geregelt ist, wird nur vereinzelt die Besonderheit des Aufrufsverfahrens berücksichtigt und dementsprechend die örtliche Zuständigkeit ausdrücklich normiert[84].

2. Oertliche Zuständigkeit

Die Besonderheit des Aufrufsverfahrens ändert nichts am Begriff der örtlichen Zuständigkeit, der nach räumlichen Gesichtspunkten bestimmt, welches von den sachlich zuständigen Gerichten im konkreten Fall entscheiden soll. Fehlt es an Vorschriften über den örtlichen Gerichtsstand, ist an die zivilprozessualen Grundsätze anzuknüpfen, wonach gemäss dem allgemein geltenden Territorialprinzip[85] das Gesuch am Wohnsitz des Beklagten oder am Ort

---

82 Abgesehen davon, dass sich im Aufrufsverfahren keine Parteien gegenüberstehen und deshalb auch keine Prorogation zustande kommen kann, wird sie in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit grundsätzlich abgelehnt.

83 Vgl. Prozessvoraussetzung als Voraussetzung einer Sachentscheidung. Das Gericht hat die rechtlichen und tatbeständlichen Grundlagen seiner Zuständigkeit von Amtes wegen zu prüfen.

84 Appenzell-I.-Rh. ZPO 258 Abs. 2, Appenzell-A.-Rh. ZPO 232 Abs. 2, St. Gallen ZPO 402 Abs. 1.

85 Im Unterschied zum ausnahmsweise geltenden Personalitätsprinzip, wonach dasjenige Gericht zuständig ist, in dessen Sprengel sich der Heimatort einer Partei befindet.

der gelegenen Sache anzubringen ist. Da das Aufrufsverfahren aber kein Parteienverfahren ist – es somit an Kläger und Beklagten fehlt – werden die örtlichen Gerichtsstandbestimmungen der Zivilprozessordnung insofern analog auf das Aufrufsverfahren angewendet, als diejenige richterliche Behörde zuständig ist, bei der der Ansprecher (Anmelder) die Klage anbringen müsste. In diesem Sinne regeln übrigens Appenzell-A.-Rh., Appenzell-I.-Rh. und St. Gallen die örtliche Zuständigkeit[86]. Der Gesuchsteller hat somit seinen Antrag an dem Ort zu stellen, wo er – allenfalls[87] auch nach der Anmeldung von Ansprüchen – als Beklagter vom Anmelder belangt werden könnte.

Oertlicher Gerichtsstand zur Einreichung des Gesuches bzw. zur Anmeldung von Ansprüchen sollte auch im Sinne der "perpetuatio fori"[88] derjenige sein, der bei einem eventuell folgenden Rechtsstreit massgebend wäre.

3. Sachliche Zuständigkeit

Im Unterschied zur örtlichen Zuständigkeit ist der sachliche Gerichtsstand sowohl in bezug auf die Antragsstellung[89] (Bezirksgericht, Bezirksgerichtspräsident, Gerichtspräsident des Amtsgerichtes, Gerichtspräsident, Kantons-

---

86 Vgl. dazu Anm. 84.

87 Falls sich Gesuchsteller und Anmelder nicht gütlich einigen können, ist zur endgültigen Bereinigung das streitige Verfahren einzuleiten, wobei Kläger- und Beklagtenrolle vom Aufrufsverfahren her nicht festgelegt sind.

88 Vgl. Guldener S. 243. Obwohl es sich bei einem sich anschliessenden Rechtsstreit um ein neues Verfahren handelt, wäre die Aufrechterhaltung der einmal begründeten örtlichen Zuständigkeit im vorliegenden Fall sinnvoll.

89 Bezirksgericht (Aargau ZPO 283), Bezirksgerichtspräsident (St. Gallen ZPO 402 Abs. 1), Gerichtspräsident des Amtsgerichtes (Luzern ZPO 340 Abs. 1), Gerichtspräsident (Appenzell-A.-Rh. ZPO 232 Abs. 2 und Appenzell-I.-Rh. ZPO 258 Abs. 2), Kantonsgerichtspräsident (Nidwalden ZPO 208 Abs. 1).

gerichtspräsident) als auch in bezug auf die Anmeldung von Ansprüchen[90] (Bezirksgericht, Bezirksgerichtspräsident, Schreibamt) ausdrücklich geregelt[91].

Die ausdrücklich vorgesehene sachliche Zuständigkeit gilt nur für das Aufrufsverfahren, so dass bei einem allfällig nachfolgenden Rechtsstreit die entsprechende sachliche Zuständigkeit des Prozessverfahrens an ihre Stelle tritt.

---

90 Bezirksgericht (Aargau ZPO 290), Bezirksgerichtspräsident (Appenzell-A.-Rh. ZPO 232 Abs. 1, Appenzell-I.-Rh. ZPO 258 Abs. 1 und St. Gallen ZPO 402 Abs. 1), Schreibamt (Wallis ZPO 355 Abs. 1) - Allgemein sei festgehalten, dass zur Behandlung des Aufrufsverfahrens auf die ordentlichen Gerichte verwiesen wird.

91 Wallis sieht zur Antragstellung, Luzern sowie Nidwalden zur Anmeldung von Ansprüchen einen sachlichen Gerichtsstand nicht ausdrücklich vor.

§ 5 DAS VERFAHREN

I. Allgemeines

1. Kompetenz zur Verfahrensregelung

Ist das Rechtsschutzbedürfnis vorhanden, haben die Kantone – unter Vorbehalt bundesrechtlicher Eingriffe[92] – den Rechtsschutz zu organisieren, d.h. sie haben über die Organisation und das Verfahren der kantonalen Gerichte zu legiferieren[93]. Das Zivilprozessrecht ordnet nicht nur den Zivilprozess, sondern auch die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Zwangsvollstreckung. Da das Zivilprozessrecht den Schutz privater Rechte gewährleisten soll, dürfen die Kantone dem Bundesprivatrecht nicht derogieren, indem sie zivilprozessuale Vorschriften aufstellen, die mit der Privatrechtsordnung im Widerspruch stehen. In diesem Rahmen sind die Kantone frei, den Rechtsschutz zu gestalten. Da weder im Bundesprivatrecht ausdrückliche Bestimmungen bestehen, die das kantonale Aufrufsverfahren betreffen, noch durch dessen Aufnahme in die kantonale Zivilprozessordnung die Verwirklichung vom Bundesprivatrecht verunmöglicht wird[94], haben die Kantone in dessen Ausgestaltung freie Hand.

Das zu behandelnde Aufrufsverfahren beruht auf kantonalem Recht, so dass hinsichtlich Organisation und Verfahren Bundesrecht grundsätzlich nicht zur Anwendung kommt.

In diesem Sinne kann das Aufrufsverfahren als nichtstreitiges Verfahren grundsätzlich sowohl Gerichten als auch Verwaltungsbehörden übertragen werden[95]. Alle kantonalen Zivilprozessordnungen haben aber die Gerichte bzw. richterlichen Behörden für sachlich zuständig erklärt[96].

---

92 Zur einheitlichen Rechtsverwirklichung sieht das Bundesprivatrecht prozessuale Vorschriften vor, die in das Verfahrensrecht der Kantone eingreifen. (Bundesprivatrecht geht dem kantonalen Prozessrecht vor).

93 BV 64 Abs. 3.

94 Vgl. dazu § 9 II.

95 Vgl. analog SchlT ZGB 54 Abs. 2.

96 Vgl. Anm. 89 und 90.

2. Aufrufsverfahren als Sonderverfahren

Das Aufrufsverfahren ist seinem Wesen nach als Sonderverfahren in den betreffenden Kantonen folgerichtig unter "Besondere Prozessverfahren"[97], "Besondere Verfahren"[98], "Von den ausserordentlichen Verfahren"[99], "Ausserordentliches Gerichtsverfahren"[100], "Besondere Prozessvorschriften"[101], "Besonderer Teil"[102] geregelt.

Obwohl sich das Aufrufsverfahren seinem Zwecke und Wesen nach deutlich von anderen besonderen Verfahrensarten unterscheidet, erfolgt die formelle Abgrenzung in den kantonalen Zivilprozessordnungen nicht in allen Fällen eindeutig. So regelt zum Beispiel Wallis die "Oeffentliche Vorladung unbekannter Beteiligter"[103] unter Ziffer 4 der besonderen Prozessvorschriften: "Die Aufforderung zur Klage". Ferner sieht Luzern die "Aufforderung unbekannter Beteiligter"[104] unter dem II. Titel "Vom Aufforderungsprozess" vor.

Durch diese Einteilung wie auch durch die Regelung des Aufrufsverfahrens unter dem summarischen Verfahren[105] wird ausser acht gelassen, dass es gerade das Wesen des Aufrufsverfahrens ausmacht, dass sich aufgrund der Unkenntnis von Adressaten keine Parteien gegenüberstehen und somit auch nicht von einer Aufforderung zur "Klage", zu einem "Prozess" oder von einem summarischen Verfahren[106] die Rede sein kann. Als nichtstreitiges

---

97 Aargau ZPO 6. Abschnitt.

98 Appenzell-A.-Rh. und St. Gallen ZPO II. Abschnitt, Besonderer Teil B.

99 Luzern ZPO III. Teil

100 Nidwalden ZPO VI.

101 Wallis ZPO XII. Kapitel.

102 Appenzell-I.-Rh. ZPO II. Teil.

103 ZPO 354 ff.

104 ZPO 340 ff.

105 St. Gallen ZPO II. Abschnitt. Besonderer Teil B. Besondere Verfahren 9.

106 "Seinem Wesen nach ist das summarische Verfahren ein abgekürztes Verfahren, in welchem die Parteien nicht alle Angriffs- und Verteidigungsmittel zu Gebote stehen wie in einem ordentlichen Prozess" (Guldener S. 476).

Verfahren kann das Aufrufsverfahren in der zivilprozessualen Ordnung deshalb auf keinen Fall mit Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit in Verbindung gebracht werden. Dem Wesen des Aufrufsverfahrens wird nur diejenige Zivilprozessordnung gerecht, die gemäss der wesensmässigen Besonderheit des Aufrufsverfahrens auch formell eine klare Abgrenzung von den anderen besonderen Verfahren trifft. In diesem Sinne unterscheidet Aargau das Aufrufsverfahren von der Aufforderung zur Klage[107] und vom summarischen Verfahren[108]. Appenzell-I.-Rh. und Appenzell-A.-Rh. sehen das Aufrufsverfahren ebenfalls getrennt vom summarischen Verfahren[109] vor.

Kommt das Aufrufsverfahren nur zur Anwendung, um allfällige unbekannte Dritte zur Anmeldung von Rechten aufzurufen und dadurch die bestehende Rechtsungewissheit zu beseitigen, kann es keinesfalls mit dem Aufforderungsprozess (Aufforderung zur Klage) und dem summarischen Verfahren in Zusammenhang gebracht werden, wo sich vor Einleitung des Verfahrens bereits zwei oder mehr Parteien gegenüberstehen. Wesentlich für das Aufrufsverfahren ist ja gerade, dass es nur dort zur Anwendung kommt, wo mangels Kenntnis anderweitiger Berechtigter eine Rechtsunsicherheit herrscht und zu deren Beseitigung mit keinem anderen Verfahren als dem Aufrufsverfahren vorgegangen werden kann.

3. Inhalt der Vorschriften

Der Umfang der gesetzlichen Bestimmungen ist von Kanton zu Kanton verschieden. Notwendig ist allerdings nicht so sehr eine ausführliche Regelung, als viel mehr das Aufführen all derjenigen Punkte, die das Wesen des Aufrufsverfahrens ausmachen:

---

107 Aargau ZPO III. Titel, § 272 ff.

108 Aargau ZPO VIII. Titel, 318 ff.

109 Appenzell-A.-Rh. ZPO B. Besondere Verfahren, 3. Summarisches Verfahren + 4. Aufrufsverfahren; Appenzell-I.-Ih. ZPO II. Besonderer Teil B. Das summarische Verfahren + 14. Die öffentliche Aufforderung zur Geltendmachung privater Rechtsansprüche.

- das Vorliegen der Ungewissheit
  - hinsichtlich persönlicher und/oder dinglicher[110] Ansprüche;
  - unbekannter Dritter gegen den Gesuchsteller;
- der Interessensnachweis[111] des Gesuchstellers, dagegen Sicherheit zu erhalten;
- das Aufrufsgericht;
- der Inhalt des Aufrufs (Gesuchsteller bzw. betroffene Sache, Aufforderung, Androhung eines Rechtsnachteils, Frist);
- Bestimmung der Aufrufsfrist;
- öffentliche Bekanntmachung;
- der Rechtsnachteil, bestehend im Verlust des anzumeldenden Rechtes[112].

Neben diesen unerlässlichen Bestimmungen finden sich verschiedentlich Regelungen, die sich entweder aus dem Wesen des Aufrufsverfahrens ergeben und als solche selbstverständlich bzw. überflüssig sind, oder die das Aufrufsverfahren extensiv auslegen und daher als wesensfremde mit dem Verfahren im Widerspruch stehen. Zur ersten Gruppe zählt die Bestimmung, dass nur bei Unmöglichkeit einer eigenen Klage das Gesuch um einen Aufruf gestellt werden kann[113], oder dass bei Anmeldungen von Ansprüchen im Streitfall der ordentliche Richter entscheidet[114]. Nicht vereinbar mit dem Wesen des Aufrufsverfahrens ist die Vorschrift, dass der Rechtsnachteil nicht unbedingt im Rechtsverlust besteht[115].

---

110 Die Ungewissheit nur hinsichtlich "dinglicher" Rechte kann mittels Aufrufsverfahrens beseitigt werden in: Nidwalden ZPO 207 und Wallis ZPO 354.

111 Vgl. dazu Anm. 54.

112 Aargau ZPO 283: Der Rechtsnachteil ist für jeden Aufrufsfall einzeln zu bezeichnen, so dass er nicht unbedingt in der Verwirkung der anzumeldenden Ansprüche bestehen muss. Nidwalden ZPO 209 Abs. 1: Der Verlust der Ansprüche tritt nur unter Vorbehalt der übrigen Gesetzgebung ein.

113 Appenzell-I.-Rh. ZPO 258 Abs. 1, Appenzell-A.-Rh. ZPO 232 Abs. 1.

114 Wallis ZPO 356, Appenzell-A.-Rh. ZPO 233 Abs. 2, Appenzell-I.-Rh. ZPO 259 Abs. 2.

115 Vgl. Anm. 112.

II. Beteiligte

1. Im allgemeinen

Da der rein formale Parteibegriff[116] des Zivilprozesses im Aufrufsverfahren nicht verwendbar ist – es stehen sich nicht zwei Personen gegenüber, über deren Rechtsbehauptungen das Gericht zu entscheiden hat – spricht man von den Personen, um deren Rechte und Pflichten es in diesem Verfahren geht, von "Beteiligten".

Berechtigt, ein Gesuch zur Einleitung des Aufrufsverfahrens zu stellen, ist generell der an einem Aufrufsverfahren Interessierte bzw. derjenige, welcher ein Rechtsschutzbedürfnis nachweist. Man spricht auch vom sogenannten "materiell" Beteiligten, dessen Rechtsposition durch den Entscheid des Gerichtes unmittelbar betroffen werden kann. Ihm steht die Möglichkeit zu, die Rechte wahrzunehmen in dem Sinne, dass er seine Auffassung darlegen, sich gegen Entscheide wehren kann usw. Damit will man den am Verfahren beteiligten und mit gewissen Rechten und Pflichten ausgestatteten Personenkreis abgrenzen und eine Popularbeteiligung ausschalten.

Da es sich aber beim Aufrufsverfahren um ein Antragsverfahren handelt, stellt sich die materielle Beteiligung erst nach Prüfung des Antrages heraus. Jeder ist daher vorerst befugt, als "formell" Beteiligter einen Antrag zu stellen, ob er materiell am Ausgang des Verfahrens interessiert ist oder nicht. Der materiell wie der formell Beteiligte kann mit einem Antrag das Aufrufsverfahren in Gang setzen und den Verfahrensgegenstand bestimmen. Stellt sich nachträglich heraus, dass der formell Beteiligte nicht zum Kreis der materiell Beteiligten (Antragsberechtigten) gehört, wird sein Antrag als unzulässig abgewiesen; ansonsten ist zu prüfen, ob der Antrag auch begründet sei.

---

116 Partei ist, wer im Prozess als Kläger auftritt oder als Beklagter in Anspruch genommen wird.

2. Voraussetzungen

A. Rechtsfähigkeit

Es gilt nun zu untersuchen, was für Anforderungen an die Beteiligten überhaupt gestellt werden müssen, damit ihnen im Verfahren die entsprechenden Rechte zukommen. Analog der Parteifähigkeit[117] im Zivilprozess ist im Aufrufsverfahren nach der Fähigkeit des Gesuchstellers zu fragen, Beteiligter zu sein. Es gelten die Grundsätze des Privatrechtes[118], wonach Gesuchsteller nur sein kann, wer rechtsfähig ist: jede natürliche und juristische Person des privaten und öffentlichen Rechts. Ist die Rechtsfähigkeit nicht gegeben, fehlt es an einer Verfahrensvoraussetzung, und der Antrag ist als unzulässig abzuweisen. Im Streit über diese Eigenschaft ist jeder, der diese Fähigkeit in Anspruch nimmt, als "formell" Beteiligter zu behandeln. Berücksichtigt man die Tatsache, dass im Falle von Anmeldungen bei entgegenstehenden Interessen im ordentlichen Verfahren zu entscheiden ist, so ist nicht einzusehen, warum im Aufrufsverfahren ein anderer Massstab anzulegen wäre als im folgenden Prozessverfahren. Auch im Aufrufsverfahren wird rechtskräftig entschieden, falls keine Anmeldungen erfolgen.

B. Handlungsfähigkeit

Es stellt sich nun die Frage, wann ein Beteiligter fähig ist, entweder selbständig verfahrensrechtlich erhebliche Handlungen vorzunehmen oder sie durch einen selbst bestellten Vertreter vornehmen zu lassen[119]. Nach überwiegender Meinung[120] kommen die Vorschriften des Privatrechts betreffend die Handlungsfähigkeit zur Anwendung. Abgesehen davon, dass die Verfahrenshandlungen den Prozesshandlungen des Zivilprozesses näherkommen als

---

117 "Die prozessuale Berechtigung, als Partei im Prozess aufzutreten" (Guldener S. 112).

118 Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 28.

119 Vgl. Prozessfähigkeit: "... ist die Berechtigung, den Prozess als Partei selbst oder durch selbst bestellte Vertreter zu führen" (Guldener S. 115).

120 Vgl. Schlegelberger § 13 Rn. 7, Keidel § 13, Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 35.

den Rechtsgeschäften des Privatrechtes und in einem allfällig folgenden Rechtsstreit die Prozessfähigkeit massgebend ist, lassen sich auch sonst zwischen der Handlungsfähigkeit und Prozessfähigkeit keine für die Verfahren wesentliche Unterschiede ausmachen[121], so dass die Vorschriften der Zivilprozessordnung über die Prozessfähigkeit entsprechend für das Aufrufsverfahren heranzuziehen sind.

In diesem Sinne und mangels besonderer Vorschriften[122] betreffend das Aufrufsverfahren oder die freiwillige Gerichtsbarkeit, sind auch die Bestimmungen der Zivilprozessordnung über die Postulationsfähigkeit[123], gesetzliche und gewillkürte Vertretung usw. analog auf das Aufrufsverfahren anzuwenden, soweit sie sich mit diesem Verfahren vereinbaren lassen.

C. Sachlegitimation

Weil die Ungewissheit, wer materiell berechtigt ist, Gegenstand des Aufrufsverfahrens ist, kann die Sachlegitimation[124] nicht Verfahrensvoraussetzung sein bzw. nicht auf ihren Bestand überprüft werden. Demnach ist zu unterscheiden zwischen materieller Beteiligung als Verfahrensvoraussetzung und Sachlegitimation, deren Ungewissheit Anlass zur Einleitung des Aufrufsverfahrens gibt. Wer sachlich legitimiert ist, ergibt sich dann entweder aus

---

121 Vgl. BZPO 14: "Die Partei kann insoweit selbständig Prozess führen als sie handlungsfähig ist". – Guldener S. 115: "Prozessfähig sind die handlungsfähigen natürlichen und juristischen Personen".

122 Deutschland regelt die freiwillige Gerichtsbarkeit in einem besonderen Gesetz: FGG.

123 Sind die Bestimmungen über die Prozessfähigkeit für das Aufrufsverfahren massgebend, gilt dies auch für die Postulationsfähigkeit, denn: "Soweit es sich um die Prüfung der Postulationsfähigkeit einer Prozesspartei selber handelt, ist sie identisch mit der Prüfung der Prozessfähigkeit ..." (Walder S. 15 Anm. 2).

124 Vgl. mit dem Prozessverfahren dazu Sträuli/Messmer, §§ 27/28 N. 19: "... Berechtigung, den eingeklagten Anspruch in eigenem Namen geltend zu machen (Aktivlegitimation) bzw. ihn gerade gegen diesen Beklagten zu erheben (Passivlegitimation) ... Sie ist eine Frage des materiellen Rechts und weder für die Frage der Prozessfähigkeit noch für die Prozessvoraussetzungen der Zuständigkeit oder der Verfahrensart massgebend."

dem Verfahren selbst (bei Nichtanmeldung von Ansprüchen) oder durch das Sachurteil im ordentlichen Verfahren (bei Anmeldung von Ansprüchen).

III. Das Gesuch

1. Im allgemeinen

Die Gesetze bestimmen ausdrücklich[125] oder sinngemäss[126], dass das Aufrufsverfahren nur durch ein zulässiges Gesuch eingeleitet werden kann[127]. Der Gesuchsteller bzw. der Beteiligte disponiert[128] wie im Zivilprozess über Verfahrensbeginn, Verfahrensgegenstand und Verfahrensbeendigung. Die betreffende Instanz muss auf seinen Antrag hin tätig werden und kann nicht über anderes oder mehr entscheiden, als der Beteiligte beantragt hat. Die Beschaffung von Entscheidungsgrundlagen allerdings geschieht von Amtes wegen[129], da es mangels eines Antraggegners dem Gebot der Ermittlung der materiellen Wahrheit widerspräche, wenn der Richter auf Tatsachenbehauptungen und Beweisanträge des Antragstellers angewiesen wäre. Der Antrag muss mindestens so viele Tatsachen enthalten, dass die (ersuchte, zuständige) Instanz in der Lage ist, über die Zulässigkeit des Antrages zu entscheiden und eventuell einen Aufruf mit entsprechendem Inhalt zu erlassen.

---

125 "Gesuch" (Aargau ZPO 283, St. Gallen ZPO 402 Abs. 1), "Provokationsgesuch" (Nidwalden ZPO 208 Abs. 1), "Ansuchen" (Luzern ZPO 340 Abs. 1).

126 Appenzell-A.-Rh. ZPO 232, Appenzell-I.-Rh. ZPO 258, Wallis ZPO 354.

127 Vgl. z. U. Wo das öffentliche Interesse überwiegt, hat das Gericht von Amtes wegen tätig zu werden, d. h. es bestimmt den Gegenstand selber und ist an die Anträge der Beteiligten nicht gebunden: Grundsatz des Amtsverfahrens.

128 Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 28 und Zivilprozessrecht, S. 125.

129 Offizialmaxime (Guldener S. 144) im Unterschied zur Verhandlungsmaxime (Guldener S. 135). "In echten Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann die Verhandlungsmaxime keine Geltung haben, die auf das Zweiparteienverfahren zugeschnitten ist" (Guldener S. 42 Anm. 23).

2. Inhalt und Form

Ueber den Inhalt des Antrages fehlen genaue Vorschriften[130], sieht man davon ab, dass das Gesuch erkennen lassen soll, dass die zuständige Behörde eine öffentliche Vorladung zwecks Anmeldung von Ansprüchen zu erlassen hat. Welche Tatsachen zur Begründung des Antrages anzugeben sind, bestimmen die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles und das Interesse des Antragstellers. Es genügt grundsätzlich, wenn das Rechtsschutzziel, das der Gesuchsteller angibt, sich aus dem Antrag ergibt. Da ausser in Nidwalden[131] keine Formvorschriften bestehen, können die Anträge in jeder beliebigen Form – unter Berücksichtigung der übrigen Zivilprozessordnungen – gestellt werden.

IV. Richterliche Prüfung

1. Im allgemeinen

Bevor das Aufrufsverfahren eingeleitet wird, ist die Zulässigkeit des Antrages von Amtes wegen zu prüfen. Da das Aufrufsverfahren materiellrechtliche Wirkungen nach sich ziehen kann[132], ist die richterliche Prüfung unentbehrlich. Analog der Prüfung im Zivilprozess über das Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen, ohne deren Vorliegen ein Sachurteil nicht ergehen kann, müssen im Aufrufsverfahren die Verfahrensvoraussetzungen von Amtes wegen geprüft werden, damit ein Aufruf mit allen seinen rechtlichen Konsequenzen erlassen werden kann.

---

130 Nidwalden ZPO 208 Abs. 1: "... unter Anführung der Gründe ...".

131 ZPO 208 Abs. 1: "Das Provokationsgesuch ist ... schriftlich ... einzureichen".

132 Falls infolge von Nichtanmeldungen der angedrohte Rechtsnachteil – der Verlust allfälliger Ansprüche – eintritt.

2. Verfahrensvoraussetzungen

Als Verfahrensvoraussetzungen zur Einleitung des Aufrufsverfahrens werden ausdrücklich genannt: der Interessensnachwei[133] bzw. die Klageunmöglichkeit[134], die sachliche[135] und örtliche[136] Zuständigkeit.

Fehlt es an der vollständigen Bezeichnung von Verfahrensvoraussetzungen, sind die entsprechenden Vorschriften des kantonalen Zivilprozessrechtes herbeizuziehen, wonach aus dem Wesen der Sache folgt, was Verfahrensvoraussetzung ist bzw. dass sie sich auch ohne spezielle Nennung im Gesetz auf dem Wege der Auslegung ermitteln lässt. Demnach gilt als Verfahrensvoraussetzung die Zulässigkeit des Rechtsweges, das Rechtsschutzinteresse[137], die örtliche[138] und sachliche[139] Zuständigkeit.

Da es sich beim Aufrufsverfahren um ein Antragsverfahren handelt, ist insbesondere zu prüfen, ob das Gesuch ordnungsgemäss gestellt sei. Vor allem ist festzustellen:

- die Rechts- und Handlungsfähigkeit des Gesuchstellers;
- die Vertretungsmacht eines allfälligen Stellvertreters;
- die Identität des Gesuchstellers und seines Vertreters[140].

---

133 St. Gallen ZPO 402 Abs. 1, Appenzell-A.-Rh. ZPO 232 Abs. 1, Aargau ZPO 283, Luzern ZPO 340 Abs. 1, Nidwalden ZPO 207.

134 Appenzell-A.-Rh. ZPO 232 Abs. 1, Appenzell-I.-Rh. ZPO 258 Abs. 1.

135 Fehlt bezüglich der Antragstellung einzig in Wallis ZPO 354 und bezüglich der Anmeldung von Ansprüchen in Nidwalden und Luzern. Vgl. Anm. 89.

136 Appenzell-I.-Rh. ZPO 258 Abs. 2, Appenzell-A.-Rh. ZPO Abs. 2, St. Gallen ZPO 402 Abs. 1.

137 Vgl. Anm. 54.

138 So für Luzern, Wallis, Aargau und Nidwalden, wo keine örtlichen Zuständigkeitsbestimmungen existieren.

139 Vgl. Anm. 91.

140 Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 35.

3. Prüfung von Amtes wegen

Da es sich beim Aufrufsverfahren um ein Antragsverfahren handelt und dementsprechend dem Antragsteller keine "Gegenpartei" gegenübersteht, welche wie im Prozess das Fehlen von Prozessvoraussetzungen durch Einlassverweigerung oder Einrede geltend machen könnte, ist es Sache des Aufrufsrichters, das Vorhandensein der Verfahrensvoraussetzungen zu überprüfen. Ist der in kantonalen Zivilprozessordnungen teilweise vorgesehenen Regelung entgegenzutreten, dass die Parteien allein über das Vorhandensein von Prozessvoraussetzungen befinden und so das Gericht unter Umständen trotz Fehlens einer solchen zu einem Sachurteil ermächtigen, ist erst recht im Aufrufsverfahren dem Gesuchsteller die Möglichkeit zu nehmen, allein über die Zulässigkeit seines Gesuches zu entscheiden. Durch die von Amtes wegen zu erfolgende richterliche Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen soll verhindert werden, dass ein bösgläubiger Gesuchsteller das Verfahren anstrengt, um entgegenstehende Rechte Dritter so zu seinen Gunsten auszuschalten. Der Aufrufsrichter überprüft anstelle der noch unbekannten Dritten die Zulässigkeit des Gesuches.

Obwohl es sich nicht um Entscheidungen von Streitigkeiten handelt, sondern um die Prüfung einseitiger Angaben des Gesuchstellers, wird der Zulassungsbeschluss insofern materiell rechtlich von Bedeutung, als keine Anmeldungen[141] erfolgen und der im Aufruf angedrohte Rechtsnachteil – Verlust des Anspruchs – eintritt. Deshalb soll ein Erlass auf Einleitung des Aufrufsverfahrens nur ergehen, wenn neben den Verfahrensvoraussetzungen auch die Rechtmässigkeit der Verfügung bzw. das Vorhandensein der materiellen Voraussetzungen von Amtes wegen überprüft wurden.

Was den Umfang der Prüfungspflicht im Einzelfall betrifft, hat der Aufrufsrichter – mangels ausdrücklicher Bestimmungen – sich mindestens davon zu überzeugen, ob der Antrag bzw. der Erlass zur Einleitung des Aufrufsverfahrens denjenigen Rechtsnormen entspricht, die das Wesen des Verfahrens ausmachen und dieses regeln wollen. Den Wirkungen des Aufrufsver-

---

141 Vgl. damit die materielle Wirkung eines eventuellen streitigen Verfahrens im Anschluss an Anmeldungen.

fahrens entsprechend hat aus Gründen der Rechtssicherheit die Prüfungspflicht eine umfassende zu sein, d. h. eine Anordnung darf nur erfolgen, wenn der Aufrufsrichter sich vom Vorhandensein aller in Betracht fallenden Voraussetzungen überzeugt hat.

Sind die Voraussetzungen gegeben, wird das Gesuch für zulässig erklärt und das Aufrufsverfahren eingeleitet. Fehlt es an einer Verfahrensvoraussetzung, wird der Antrag als unzulässig oder unbegründet (bedingt[142] oder unbedingt) zurückgewiesen[143], wogegen dem Antragsteller allenfalls ein Rechtsmittel[144] zur Verfügung steht.

Die Entscheidung des Aufrufsrichters hat in allen Fällen durch Beschluss zu erfolgen, welcher – da über das Gesuch in der Regel ohne mündliche Verhandlung entschieden wird[145] – dem Gesuchsteller von Amtes wegen zuzustellen ist; nicht zuletzt deswegen, damit er gegebenenfalls von den ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln rechtzeitig Gebrauch machen kann.

V. Der Aufruf

Wurde das Gesuch vom Gericht[146] für zulässig befunden, wird das Verfahren durch den Beschluss auf Erlass des Aufrufs eingeleitet.

Im folgenden geht es darum, das allen kantonalen Aufrufen gemeinsame Wesen und den entsprechend notwendigen Inhalt aufzuzeigen.

---

142 Der Gesuchsteller wird auf vorhandene Mängel des Gesuches aufmerksam gemacht und zu deren Beseitigung aufgefordert.

143 "abgelehnt", "abgewiesen".

144 Berufung (Appenzell-I.-Rh. ZPO 261 und St. Gallen ZPO 402 Abs. 2), Beschwerde (Aargau ZPO 290 Abs. 3).

145 So ausdrücklich Nidwalden ZPO 208 Abs. 2.

146 Eventuell Rechtsmittelinstanz, vgl. Anm. 144.

1. Wesen

Dem Aufruf kommt generell die Aufgabe zu, durch öffentliche Aufforderung zur Anmeldung von Rechten und Ansprüchen eine bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen und eine für jedermann übersichtliche Rechtsordnung zu schaffen. Ob kantonalrechtlich oder bundesrechtlich[147] normiert, dem Aufruf kommt die Eigenart zu, dass er provokativ[148] wirkt: die unbekannten Adressaten sind bei Vermeidung bestimmter Rechtsnachteile gehalten, sich innert Frist zu melden. Obwohl der Aufruf nicht volle Gewähr dafür bietet, dass der Gesuchsteller zu Recht aus der Nichtanmeldung Rechte zu seinen Gunsten ableitet, ist doch das Bestehen von Drittinteressen weniger wahrscheinlich als ohne Aufruf.

Da im Aufrufsverfahren der Gesuchsteller als einziger Beteiligter auftritt, lässt sich nicht ausschliessen, dass gegen den Erlass des Aufrufes Einwendungen aus Gründen erhoben werden können, die dem Aufrufsrichter nicht erkennbar waren. Es steht deshalb dem Richter frei, den Aufruf zu widerrufen und ihn nach dem Eintritt der fehlenden Voraussetzungen zu wiederholen oder bei deren Fehlen das Gesuch ohne Rücksicht auf das Ergebnis des Aufrufes abzuweisen.

Das charakteristische und mit den andern verwandten Instituten[149] gemeinsame Merkmal ist die behördliche, vom Richter zu veranlassende öffentliche Bekanntmachung. Sobald der Beschluss auf Erlass des Aufrufs erfolgt ist, ist dieser von Amtes wegen öffentlich bekanntzumachen.

2. Form der öffentlichen Bekanntmachung

Da sich der Aufruf nicht an bestimmte Personen richtet, sondern ausmachen soll, ob überhaupt Personen mit allfälligen Ansprüchen vorhanden sind,

---

147 Vgl. hinten § 10 I.

148 Vgl. Nidwalden VI. Titel, Ziffer 5: "Provokation".

149 Vgl. hinten § 10 I.

muss der Aufruf kraft seiner Ausschlusswirkung möglichst viele Adressaten erreichen können. Dazu dienen die für das Aufrufsverfahren ausdrücklich vorgesehenen[151] oder - mangels einer Bestimmung[152] - die entsprechenden, vom jeweiligen Kanton zur Verfügung gestellten Publikationsorgane. Während die Anzahl der Veröffentlichungen genau bestimmt[153] ist, fehlt es hinsichtlich der Zwischenfristen[154] an genauen Angaben. Um jedwelchen Aufrufsbegehren nachkommen zu können, haben einige kantonale Zivilprozessordnungen neben der obligatorischen Publikation auch eine fakultative[155] Bekanntmachung vorgesehen, die je nach den Umständen ergänzend herbeigezogen werden kann[156].

Der Sinn liegt darin, alles im Interessen Dritter Liegende zu unternehmen, um ihnen die Anmeldung zu ermöglichen. Eine absolute Sicherheit über das Nichtvorhandensein allfälliger Drittinteressen kann durch den Aufruf nicht erreicht werden, aber er bietet für die betreffende Abklärung die einfachste Vorkehr. Nach dem obligatorischen und ev. fakultativ mehrmalig erfolgten Aufruf kann doch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit

---

150 Vgl. Anm. 89.

151 Amtsblatt und u. U. in anderen öffentlichen Blättern (Aargau ZPO 289 Abs. 2); Amtsblatt und in den Publikationsorganen der Gemeinde (Appenzell-A.-Rh. ZPO 233 Abs. 1); Amtsblatt und am Aufrufsort der Gemeinde, wo das Grundstück gelegen ist (Wallis ZPO 355 Abs. 2); Kantonsblatt und ev. in anderen öffentlichen Blättern (Luzern ZPO 341). Diese Vorschriften sind zwingend i. d. S., dass nicht wahlweise oder zusätzlich ein anderes Organ bezeichnet werden kann.

152 Nidwalden und St. Gallen; Appenzell-I.-Rh. ZPO 259 Abs. 1: "... im amtlichen Publikationsorgan ...".

153 Ausser Nidwalden und St. Gallen; Luzern ZPO 341; "Der Gerichtspräsident bestimmt ... ob die Einrückung ein- oder mehreremal erfolgen solle".

154 Die Veröffentlichung an aufeinanderfolgenden Tagen wie auch in grossen Abständen ist zulässig, sofern sie noch in die Aufrufsfrist fällt.

155 Aargau ZPO 289 Abs. 2: "... und je nach Umständen auch in andern öffentlichen Blättern"; Luzern ZPO 341: "Der Gerichtspräsident bestimmt nach den Umständen, ob und in welchen öffentlichen Blättern neben ...".

156 Liegt im Ermessen des Richters und ist immer auf Kosten des Gesuchstellers vorzunehmen.

eher angenommen werden, dass keine Drittinteressen vorliegen, als wenn überhaupt kein Aufruf erlassen worden wäre.

3. Inhalt

A. Allgemein

In den Aufruf ist alles aufzunehmen, was in dieser Beziehung die massgebenden gesetzlichen Vorschriften[157] anordnen und was den Belangen des Gesuchstellers im einzelnen Falle entspricht. Im folgenden gilt es, diejenigen inhaltlichen Erfordernisse darzustellen, die niemals fehlen dürfen, wenn der Aufruf im Falle der Nichtanmeldung von Ansprüchen eine ausschliessende Wirkung haben soll. In diesem Sinne gehören zum Inhalt des Aufrufs:

- die Bezeichnung des Antragstellers und die betreffende "Sache";
- die Aufforderung, die Ansprüche innert Frist anzumelden;
- die Bestimmung der Rechtsnachteile für den Fall, dass die Anmeldungen unterbleiben;
- die Aufrufsfrist.

B. Gesuchsteller bzw. betroffene Sache

Will der Antragsteller durch das Aufrufsverfahren erreichen, dass sich durch Anmeldungen von Rechten Dritter ungewisse Rechtsverhältnisse klären, muss der Anmelder wissen, gegen wen bzw. gegen welche Sache er seine persönlichen oder dinglichen Ansprüche richten muss. Da sich der Aufruf an die Oeffentlichkeit richtet, ist darin über die Person bzw. die Sache soviel bekanntzugeben, wie vergleichsweise aus einem bestehenden Grundbuch ersichtlich wäre. Schon aufgrund der angedrohten Ausschlusswirkung ist hinsichtlich persönlicher und sachlicher Angabe alles vorzukehren, um Dritte

---

157 Nur Wallis ZPO 355 Abs. 1 enthält ausdrückliche Vorschriften den Inhalt betreffend: "Die Aufforderung erfolgt durch Rechtsbot. Dasselbe enthält die genaue Bezeichnung der Liegenschaft, die Festsetzung einer Frist von sechs Wochen, innert welcher ... Der letzte Tag der Frist ist zu benennen".

auf allfällig entgegenstehende Ansprüche aufmerksam zu machen. Während bei Grundstücken die genaue Bezeichnung der Liegenschaft an sich genügen würde[158], ist bei den übrigen "Sachen"[159] die Bezeichnung des Gesuchstellers unerlässlich. Die von der Ungewissheit über allfällige Ansprüche betroffene "Sache" ist so zu umschreiben, dass ihre Identität zweifelsfrei feststeht. Haben auch die kantonalen Zivilprozessordnungen in dieser Hinsicht keine ausdrücklichen Vorschriften erlassen, ergibt es sich aus dem Wesen des Aufrufes, dass dadurch unbekannten Dritten möglichst viele Angaben zukommen müssen, um sie vor Rechtsverlusten aufgrund unklarer Veröffentlichungen zu bewahren. Dadurch wird auch ein allfälliger Missbrauch des Aufrufsverfahrens durch den Gesuchsteller verhindert. Es wird damit ausgeschlossen, dass durch ungenaue oder spärliche Angaben der allfällige Dritte sich nicht veranlasst sieht, seine Rechte und Ansprüche anzumelden, so dass diese zugunsten des böswilligen Gesuchstellers untergehen.

Der Richter hat von Fall zu Fall das seinige vorzukehren, damit durch den Aufruf möglichst viele Unbekannte erreicht bzw. angesprochen werden und somit jede missbräuchliche Handhabung des Aufrufsverfahrens ausgeschlossen wird.

C. Aufforderung

Als spezifisches Merkmal des Aufrufes gilt die Aufforderung, innerhalb einer bestimmten Frist seine Ansprüche anzumelden[160]. Gerade wegen des provokativen und rechtlich folgenreichen Inhalts des Aufrufs sind allfällige Dritte auf das Recht und die Pflicht zur Anmeldung ihrer Ansprüche ausdrücklich hinzuweisen. Soll die durch den Aufruf bekannt gemachte unsichere Rechtslage beseitigt werden, muss darin die ausdrücklich an allfällige Dritte gerichtete Aufforderung enthalten sein, innert Frist entgegenstehende Ansprüche anzumelden.

---

158 Vgl. Wallis ZPO 355 Abs. 1.

159 Bewegliche Sachen, Forderungen, andere Rechte usw.

160 Anders formuliert von Luzern ZPO 340 Abs. 1 (... anzumelden oder einzuklagen) und Wallis ZPO 354 (... ihre Rechte geltend zu machen).

D. Androhung eines Rechtsnachteils

Als Mittel zur Anmeldung von Ansprüchen innert Frist ist im Aufruf ausdrücklich die Androhung eines Rechtsnachteils vorzusehen. Für den allfälligen Interessenten muss aus dem Aufruf klar ersichtlich sein, was für rechtliche Folgen eine Nichtanmeldung nach sich ziehen würde. Es steht ihm allerdings frei, allfällige Ansprüche anzumelden oder nicht und den angedrohten Nachteil bei Nichtanmeldung gegen sich gelten zu lassen. Dass der angedrohte Rechtsnachteil Bestandteil des Aufrufs sein soll, wird von allen kantonalen Zivilprozessordnungen ausdrücklich gefordert.

Als solcher wird übereinstimmend[161] immer der Verlust[162] der anzumeldenden Ansprüche verstanden. Nur dadurch ist gewährleistet, dass trotz bestehenden, aber nicht angemeldeten Ansprüchen Rechtsunsicherheit beseitigt wird und die dadurch geschaffene Rechtslage für immer Bestand hat. Im Falle der Nichtanmeldung wird die bisher ungewisse Rechtslage insofern gewiss, als eine zukünftige Rechtsverunsicherung durch Geltendmachung von allfälligen Rechten für immer ausgeschlossen wird. Ist dem Gesuchsteller daran gelegen, in seinem Interesse durch das Aufrufsverfahren klare Rechtsverhältnisse zu schaffen, so kann seine Initiative den angestrebten Zweck nur dann erreichen, wenn aufgrund von Anmeldungen bzw. Nichtanmeldungen die entsprechenden Rechtsfolgen eintreten. Sollten tatsächlich anderweitige Rechte unbekannter Dritter bestehen, so ist die Einleitung des Aufrufsverfahrens als Entgegenkommen des Gesuchstellers gegenüber allfälligen Interessenten zu betrachten, indem er ihnen Gelegenheit gibt, eine unübersichtliche Rechtslage durch Geltendmachung ihrer Rechte zu beseitigen und allenfalls definitiv zu ihren Gunsten zu gestalten. Es ginge nicht an, den Gesuchsteller trotz dem Unterbleiben von Anmeldungen weiter in der Ungewissheit zu belassen, weil der Rechtsnachteil nicht im Untergang der Ansprüche, son-

---

161 Anders Aargau, welches gemäss ZPO 283 (... bei Vermeidung der stets ausdrücklich und bestimmt zu bezeichnenden Rechtsnachteile ...) und 285 (... unter Androhung entsprechender Rechtsnachteile ...) den Rechtsnachteil dem jeweiligen Aufrufsfall anpasst. In diesem Sinne heisst es in ZPO 285: "... dieselben sollen aber immer so ausgesprochen werden, dass die Rechte der Aufgeforderten dadurch am wenigsten verletzt werden".

162 Oder Wallis ZPO 355 Abs. 1: Verwirkung.

dern in einer anderen Folge bestünde[163]. Mangels einzeln aufgeführter Aufrufsfälle[164] ist als angedrohter Rechtsnachteil generell die Verwirkung bzw. der Verlust der jeweils anzumeldenden Ansprüche vorgesehen, ohne für jeden einzelnen Fall einen entsprechenden Rechtsnachteil zu bestimmen.

E. Aufrufsfrist

Der angedrohte Rechtsnachteil tritt dann ein, wenn innerhalb bestimmter Frist keine Anmeldung erfolgt. Allfälligen Dritten muss deshalb aus dem Aufruf klar ersichtlich sein, wann die Anmeldungsfrist abläuft bzw. der Rechtsnachteil eintritt. Aus diesem Grund gehört die Bestimmung der Aufrufsfrist zum unerlässlichen Inhalt des Aufrufs, ohne dessen genaue Fixierung der Aufruf seine Wirkung als Ganzes verlieren würde.

Dieser Ansicht folgen auch sämtliche kantonalen Zivilprozessordnungen, wenn sie die Fristbestimmung ausdrücklich vorsehen. Die Mehrzahl der Gesetze sieht eine Mindestdauer[165] vor, so dass die Höchstdauer im Rahmen des richterlichen Ermessens von Fall zu Fall festgesetzt werden kann (in der Regel hält sich der Richter an die Mindestfrist). Durch Ansetzung einer Mindestfrist wird vermieden, dass ein bösgläubiger Gesuchsteller das Verfahren in Anspruch nimmt, indem er aufgrund der kurz bemessenen Frist mit der Nichtanmeldung von Ansprüchen rechnet. Die Mindestfrist bietet die beste Gewähr dafür, dass jeder missbräuchlichen Handhabung des Aufrufsverfahrens seitens des Antragstellers Vorschub geleistet wird und allfällige Dritte rechtzeitig vom Aufruf Kenntnis erhalten bzw. ihre Rechte innert Frist anmelden können. Gerade weil beim Aufrufsverfahren das zeitliche Moment als Kriterium herbeigezogen wird, ob Rechte Dritter bestehen oder nicht, ist diesbezüglich allfälligen Drittinteressen besonders Rechnung zu tragen. Das kann aber nur dadurch geschehen, dass dem Aufrufsrichter

---

163 Vgl. Anm. 161.

164 Aargau erwähnt – unter Vorbehalt von ZPO 285 – die Aufrufsfälle in ZPO 284 einzeln und abschliessend.

165 Mindestens 1 Monat: Appenzell-A.-Rh. ZPO 233 Abs. 1, St. Gallen ZPO 402 Abs. 1, Appenzell-I.-Rh. ZPO 259 Abs. 1. – Mindestens 2 Monate: Luzern ZPO 340 Abs. 2.

eine flexible[166] Fristbestimmung zur Verfügung steht, die eine Ansetzung der dem Einzelfall angemessenen Frist erlaubt. Bestehen tatsächlich Ansprüche Dritter, sollen sie nicht aufgrund der zu kurz bemessenen Frist untergehen. Die neben der Mindestdauer noch zusätzlich bestimmte Höchstdauer[167] bedeutet deshalb schon eine Einschränkung, um jedem Fall gerecht zu werden.

Ueberhaupt keine Möglichkeit, auf den Einzelfall einzugehen, besteht dort, wo das Gesetz nur eine Höchstdauer vorsieht[168]. Diese Bestimmung ist zu restriktiv und zu sehr auf die Interessen des Gesuchstellers ausgerichtet, ohne den Drittinteressen gebührend Rechnung zu tragen[169]. Verschiedentlich wird eine zu kurz bemessene Frist dadurch korrigiert und ein Härtefall vermieden, dass aus bestimmten Gründen die Verwirkung ausgeschlossen ist bzw. der Rechtsverlust nicht eintritt[170].

Daneben bleibt es dem Aufrufsrichter überlassen, den Inhalt des Aufrufes mit zusätzlichen, dem Einzelfall dienlichen Bezeichnungen zu ergänzen. Inhaltliche Mängel des Aufrufes beeinträchtigen dessen Wirksamkeit nicht, wie vergleichsweise das Nichtvorhandensein verfahrensrechtlicher und materiellrechtlicher Voraussetzungen, so dass die Wiederholung des Aufrufs nur in schweren Fällen[171] von Amtes wegen vorzunehmen ist. Trotz leichteren Mängeln gilt der Aufruf. Allerdings wird der Aufrufsrichter dafür verantwortlich, falls ein Dritter aufgrund eines solchen leichteren Mangels seine Ansprüche nicht rechtzeitig angemeldet hat.

---

166 In diesem Sinne vorbildlich Nidwalden ZPO 208 Abs. 3, welches weder eine Höchst- noch Mindestfrist vorsieht und die Fristbestimmung dem Ermessen des Aufrufsrichters überlässt.

167 Aargau ZPO 289 Abs. 1 nennt eine Frist von 30 bis 90 Tagen, sofern nicht andere Fristen gesetzlich vorgeschrieben sind.

168 Wallis ZPO 355 Abs. 1: 6 Wochen.

169 Nikisch S. 583: "Sehr wichtig ist die gehörige Bemessung der Aufgebotsfrist, die den Beteiligten ausreichende Möglichkeit zur Wahrung ihrer Rechte geben muss."

170 Appenzell-I.-Rh. ZPO 260, Appenzell-A.-Rh. ZPO 234, St. Gallen ZPO 403, Wallis ZPO 358, Aargau ZPO 293.

171 Z. B. falsche Bezeichnung der Sache im Aufruf.

VI. Die Anmeldung

1. Allgemein

Mit dem Erlass des Aufrufs ist zwar der Hauptzweck, Gewissheit über eine noch ungewisse Rechtslage zu erlangen, noch nicht erreicht, aber der Gesuchsteller hat seinerseits alles unternommen, um diesen Zustand herbeizuführen. Es hängt nun vom Verhalten eventueller Berechtigter ab, wann und wie die Ungewissheit beseitigt wird. Meldet sich innert Frist niemand, wird der Gesuchsteller – unter Vorbehalt der Gründe, die Verwirkung ausschliessen[172] – gegen jeden Anspruch seitens Dritter geschützt. Werden Ansprüche angemeldet, kommt es auf den Inhalt[173] der Anmeldungen an, ob es anschliessend zu einem Streitverfahren kommt oder nicht.

2. Definition

Anmeldung ist "die Erklärung eines Beteiligten, dass ihm ein durch das Aufgebot mit Ausschluss bedrohter Anspruch oder bedrohtes Recht zustehe"[174]. Die Anmeldungen richten sich nach dem Inhalt des Aufrufes in dem Sinne, dass alle Rechte geltend gemacht werden, die denjenigen des Gesuchstellers entgegenstehen. Aufgrund der Ungewissheit über das Vorhandensein allfälliger Ansprüche, ist es auch nicht möglich, die Anmeldungen inhaltlich und dem Umfange nach einzuschränken. Im Namen der Rechtssicherheit ist es erforderlich, dass alle Ansprüche zur Anmeldung zugelassen werden, die mit dem von der Rechtsunsicherheit betroffenen Zustand irgendwie in Beziehung stehen.

---

172 Vgl. Anm. 170.

173 Vgl. § 5 VI 3.

174 Daude S. 18.

3. Inhalt

Erfolgen Anmeldungen, wird deren Eingang im Sinne einer Bestandesaufnahme festgestellt, ohne über deren Berechtigung verbindlich zu entscheiden. Durch die Möglichkeit, dass alle dinglichen bzw. persönlichen dem Rechte des Gesuchstellers entgegenstehenden Ansprüche angemeldet werden können, wird Gewähr dafür geleistet, dass kein Anspruch wegen Nichtanmeldung untergeht. Eine extensive Auslegung der Anmeldungsmöglichkeit liegt sowohl im Interesse des Gesuchstellers (Erlangen der Rechtsgewissheit) als auch im Interesse des Anmelders (Vermeidung der Ausschlusswirkung). Der Aufruf ist eine Offerte an allfällige Dritte, den Rechten des Gesuchstellers entgegenstehende zur Anmeldung zu bringen.

Für die Anmeldung genügt die Behauptung oder Bezeichnung des betreffenden Anspruches, ohne dass eine Begründung abgegeben werden müsste. Die Prüfung des Aufrufsrichters beschränkt sich darauf, ob die Anmeldung formgerecht und rechtzeitig erfolgt sei.

Obwohl der Inhalt der Anmeldungen weder durch das Gesetz noch durch den Aufruf selber eingeschränkt ist, lassen sich verschiedene Möglichkeiten mit entsprechend verschiedenen rechtlichen Folgen unterscheiden:

- Dritte melden solche Rechte an, welche das vom Gesuchsteller verfolgte Recht ausschliessen.
  Es ist nun Sache des Gesuchstellers und Anmelders, auf welchem Wege die einander entgegenstehenden Interessen bereinigt werden sollen. Kommt eine gütliche Einigung nicht zustande, ist die Streitsache zum berichtlichen Austrag zu bringen, da eine Beurteilung oder Erledigung der Einsprüche im Aufrufsverfahren nicht möglich ist. Welches Verfahren dabei anzuwenden ist, sagen die Bestimmungen nicht[175]. Da es aber um den Bestand von Ansprüchen bzw. um Klagen auf deren Feststellung oder Aufhebung geht, muss für deren Geltendmachung der ordentliche Prozess-

---

175 Ausser Wallis ZPO 356: das ordentliche Verfahren.

weg[176] beschritten werden bzw. es kann nicht der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig sein[177].

Obwohl das an das Aufrufsverfahren sich anschliessende streitige Verfahren als Fortsetzung erscheint, sind beide Verfahren aufgrund ihrer Rechtsnatur und ihrem Zweck streng auseinanderzuhalten. Die Anmeldung von Ansprüchen im Aufrufsverfahren gibt bloss Auskunft darüber, dass Dritte solche geltend machen, nicht aber darüber, ob diese zurecht bestehen (rechtlich begründet sind). Der durch das Aufrufsverfahren angestrebte Zweck wird erst im ordentlichen Verfahren erreicht, wo der Richter durch sein rechtskräftiges Urteil endgültig die Ungewissheit über die unklare Rechtslage beseitigt[178].

Die Unabhängigkeit beider Verfahren ergibt sich auch daraus, dass die Kläger- bzw. Beklagtenrolle durch das abgeschlossene Aufrufsverfahren nicht festgelegt ist. Der Dritte kann durch die Anmeldung von Rechten vom Gesuchsteller nicht indirekt gezwungen werden, zu klagen, was einer unzulässigen Provokation gleichkäme bzw. der vom Bundesrecht anerkannten Dispositionsmaxime widerspräche. Abgesehen davon, sprechen die Kantone immer nur von einer Anmeldung der Ansprüche und nicht etwa von einer Klageanhebung[179], so dass die Anmeldung nicht als Klageeinleitung angesehen werden kann. Dem Dritten steht es frei, ob, wann und was er gerichtlich geltend machen will. Hat es der Gesuchsteller nicht erreicht, mittels Ausschlusswirkung Gewissheit über den Rechtszustand zu erhalten, muss er es sich auch gefallen lassen, allenfalls in die Beklagtenrolle gedrängt zu werden mit der Folge, dass sein Nichteinlassen auf den Rechtsstreit zugunsten des Anmelders bzw. des Klägers ausgelegt wird. Da das meiste Interesse an der Herstellung der Rechtsgewissheit beim Antragsteller liegt, hat er auch die Möglichkeit, durch Anhebung der negativen Feststellungsklage seine Absicht weiter zu verfolgen, ohne die Klageanhebung des Anmelders abwarten zu müssen. Grundsätzlich kann somit

---

176 Wallis ZPO 356.

177 Appenzell-A.-Rh. ZPO 233 Abs. 2: ordentlicher Richter.

178 Im Falle der Nichtanmeldung wird dies durch die Ausschlusswirkung erreicht.

179 Ausser Luzern ZPO 340 Abs. 1, wo die Ansprüche anzumelden oder einzuklagen sind.

– unabhängig vom vorhergehenden Aufrufsverfahren – sowohl der Gesuchsteller als auch der Anmelder klagen.

- Der Dritte meldet solche Rechte an, welche dem vom Gesuchsteller im Aufruf behaupteten nicht entgegenstehen, sondern nur dessen Umfang einschränken[180]. In diesem Fall tritt die Ausschlusswirkung ein unter Vorbehalt der angemeldeten Rechte. Können die gegensätzlichen Interessen nicht sonstwie bereinigt werden, entscheidet das Streitverfahren endgültig über die Berechtigung. Die Möglichkeit der Geltendmachung nicht bloss ausschliessender Rechte ergibt sich aus dem Zweck des Aufrufsverfahrens, das die Gewissheit über das Vorhandensein auch der einschränkenden anstrebt. Gerade die Beseitigung der Ungewissheit im Bereich der beschränkt dinglichen Rechte lässt das Aufrufsverfahren unentbehrlich erscheinen.

- Neben den Ansprüchen ist es dem Dritten nicht verwehrt, Einwendungen in das Verfahren einzubringen, die den Aufruf als unzulässig erscheinen lassen bzw. die Verwirkung ausschliessen[181] und bei deren rechtzeitiger Kenntnis das Verfahren nicht eingeleitet worden wäre.
  In diesem Falle ist der Antrag auf Erlass des Aufrufes nachträglich zurückzuweisen. Dass der Dritte die Möglichkeit haben muss, offensichtliche Verfahrensmängel, die der richterlichen Prüfung entgangen sind, zu beanstanden und so korrigierend auf das eingeleitete Verfahren einzuwirken, versteht sich von selbst. Gleich wie der Richter bei nachträglichem Wegfallen der Verfahrensvoraussetzungen von Amtes wegen gehalten ist, das Verfahren einzustellen bzw. den Beschluss auf Erlass des Aufrufes zu widerrufen, kann auch der eventuell Berechtigte durch seine Einwände einen unzulässig erlassenen Aufruf abwenden, hatte er aufgrund des Einparteienverfahrens ja bislang keine Gelegenheit dazu.

---

180 Z. B. beschränkt dingliche Rechte.

181 Appenzell-A.-Rh. ZPO 234, Appenzell-I.-Rh. ZPO 260, St. Gallen ZPO 403: ... wenn die Voraussetzungen für die öffentliche Aufforderung bzw. für das Aufrufsverfahren gegeben waren.

4. Form und Ort

Ueber die Form der Anmeldungen haben die kantonalen Zivilprozessordnungen keine Vorschriften[182] erlassen. Damit will man verhüten, dass aufgrund eines Formfehlers der Dritte seiner angemeldeten Rechte verlustig gehe. In erster Linie bezweckt das Aufrufsverfahren die Anmeldung von Rechten Dritter und erst in zweiter Linie – mangels Anmeldungen – soll die Ausschusswirkung eintreten. Da das Verfahren somit nicht primär auf den Ausschluss von Ansprüchen ausgerichtet ist, wäre es übertriebener Formalismus, den angedrohten Rechtsnachteil trotz angemeldetem, aber mangelhaft geltend gemachtem Recht eintreten zu lassen. Aus diesen Gründen erfolgt die Anmeldung formfrei.

Der Ort der Anmeldung (Vorlegungsstelle) ist – mangels einer ausdrücklichen Vorschrift oder einer genauen Bezeichnung im Aufruf selber – der aufbietende Richter bzw. das Aufrufsgericht[183].

5. Bedeutung der Zeit bei Anmeldung bzw. Nichtanmeldung

Die Anmeldung muss innerhalb der im Aufruf bezeichneten Frist erfolgen[184]. Aufgrund der in der Regel recht grosszügig gehandhabten Zeitbemessung – extensive Auslegung und Ueberschreitung der gesetzlich normierten Mindestzeitbestimmungen sowie Ausschöpfung des zulässigen zeitlichen Rahmens bis zur Höchstdauer – und in der Regel mehrmaligen öffentlichen Bekanntmachung des Aufrufs, muss aus dem Ausbleiben von Anmeldungen geschlossen werden, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keine dem Gesuchsteller entgegenstehende Rechte bestehen. Damit treten die im Aufruf ausdrücklich angedrohten Rechtsnachteile ein bzw. der Antragsteller hat die Gewissheit darüber, dass keine Ansprüche mehr gegen ihn geltend gemacht

---

182 Ausser Nidwalden ZPO 208 Abs. 3: schriftliche Anmeldung.

183 Nicht auch beim Antragsteller.

184 Vgl. Anm. 165-168.

werden können. Mangels ausdrücklicher Vorschriften über den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtsnachteile werden diese für den Nichtanmelder "eo ipso" mit dem Ablauf der Aufrufsfrist wirksam.

Dem "Eo ipso"-Eintritt der Rechtsnachteile ist entgegenzuhalten, dass die Ausschlusswirkung nicht eintreten soll, falls der Gesuchsteller überhaupt nicht mehr am Aufrufsverfahren festhält. In diesem Sinne ist vereinzelt vorgesehen, dass der Richter bei Ausbleiben von Anmeldungen dem Antragsteller eine bestimmte Frist[185] setzt, innerhalb welcher er das Gesuch um einen Entscheid auf definitiven Ausschluss stellen kann. Diese Regelung trägt dem durch das Aufrufsverfahren angestrebten Zweck der Beseitigung bestehender Rechtsunsicherheit viel eher Rechnung als die aufgrund des Fristenablaufs "eo ipso" eintretende Ausschlusswirkung. Es widerspricht an sich dem Wesen des Aufrufsverfahrens, den angedrohten Rechtsnachteil allein gestützt auf das bewilligte Gesuch um Einleitung des Aufrufsverfahrens eintreten zu lassen, ohne den Antragsteller vorerst auf die Nichtanmeldung hinzuweisen und ihn seinerseits dabei aufzufordern, innert Frist den Antrag auf Ausschluss der Rechte Dritter zu stellen, andernfalls der im Aufruf angedrohte Rechtsnachteil nicht eintrete. Durch sein Gesuch hält der Antragsteller fest, dass die Rechtsunsicherheit nach wie vor bestehe, und dass er somit allen Grund habe, die Ausschlusswirkung zu beantragen. Diese Regelung will verhüten, dass Dritte ihrer Ansprüche verlustig gehen, obwohl die Verfahrensvoraussetzungen nicht mehr gegeben sind (Fehlen des Rechtsschutzinteresses). Die Folgen der Nichtanmeldung sind für Dritte zu einschneidend, als dass man sich einseitig auf den ungenützten Zeitablauf stützen könnte, ohne dabei auch den Gesuchsteller zur Verantwortung herbeizuziehen. Erst durch die Nichtanmeldung von Rechten Dritter einerseits und den Antrag des Gesuchstellers auf Ausschlusswirkung andererseits sind mittels Aufrufsverfahrens alle Möglichkeiten ausgeschöpft, die das Vorhandensein allfälliger Rechte Dritter als unwahrscheinlich erscheinen lassen.

Obwohl die Gesetze mit dem unbenützten Zeitablauf die Ausschlusswirkung "eo ipso" eintreten lassen, wird vereinzelt insofern ein Vorbehalt angebracht, als aus bestimmten Gründen die Verwirkung nicht eintritt bzw. eine nach-

185 Wallis ZPO 357: innert 14 Tagen nach Ablauf der Aufrufsfrist.

trägliche Anmeldung möglich ist[186]. Diesbezüglich bestehen folgende Regelungen:

- die nachträgliche Anmeldung von Rechten ist befristet[187];
- der Rechtsverlust kann abgewendet werden, wenn das Nichtvorhandensein von Verfahrensvoraussetzungen glaubhaft gemacht wird[188];
- Trotz Albauf der Frist können Ansprüche geltend gemacht werden, wenn glaubhaft gemacht[189], nachgewiesen[190] oder versichert[191] wird:
  - dass man verhindert war, innert Frist die Rechte anzumelden[192], oder dass man ohne sein Verschulden die Frist nicht einhalten konnte[193];
  - dass man ohne sein Verschulden keine Kenntnis vom Aufruf hatte[194];
  - dass während der angesetzten Frist Unkenntnis über den Anspruch bestand[195].

Gewährleistet das Aufrufsverfahren nicht volle Rechtsgewissheit in dem Sinne, dass bei Nichtanmeldung innert Frist auch tatsächlich keine Ansprüche Dritter vorhanden sind, so vermag auch die ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit einer nachträglichen Geltendmachung diese Sicherheit nicht ohne weiteres herzustellen. Dadurch wird höchstens der Zustand der Rechtsunsicherheit zulasten des Gesuchstellers verlängert, so dass man sich fragen kann, ob dies mit dem Zweck des Aufrufsverfahrens überhaupt noch vereinbar sei.

---

186 Vgl. Anm. 170. Das lässt sich höchstens damit rechtfertigen, dass gegen den Eintritt der Ausschlusswirkung keine Rechtsmittel zur Verfügung stehen.

187 Wallis ZPO 358: 6 Wochen nach Wegfall des Hindernisses; Aargau ZPO 293: binnen Jahresfrist kann Wiederherstellung verlangt werden.

188 Appenzell-A.-Rh. ZPO 234, Appenzell-I.-Rh. ZPO 260, St. Gallen ZPO 403.

189 Appenzell-A.-Rh., Appenzell-I.-Rh., St. Gallen. Vgl. Anm. 188.

190 Wallis. Vgl. Anm. 187.

191 Aargau. Vgl. Anm. 187.

192 Wallis ZPO 358.

193 Appenzell-A.-Rh. ZPO 234, Appenzell-I.-Rh. ZPO 260, St. Gallen ZPO 403

194 Vgl. Anm. 193. Aargau ZPO 293.

195 Aargau ZPO 293.

Das Verfahren verliert vor allem dort an Bedeutung und widerspricht seinem Zweck, wo zur verspäteten Geltendmachung überhaupt keine Fristen angesetzt[196] sind, so dass allfällige Dritte jederzeit ihr Versäumnis nachholen können mit der Folge, dass der Gesuchsteller trotz Ablauf der Aufrufsfrist keine Rechtsgewissheit hat.

Angesichts solcher mit dem Aufrufsverfahren in Widerspruch stehender Regelungen gibt es "de lege ferenda" nur zwei Möglichkeiten, will man dem Zweck des Verfahrens gerecht werden: Entweder wird die nachträgliche Eingabemöglichkeit befristet[197], oder das Gesetz sieht überhaupt keine Möglichkeit vor, nach Ablauf der regulären Frist noch Ansprüche geltend machen zu können; dies ist um so eher dann gerechtfertigt, wenn eine lange Frist vorgesehen ist.

6. Kostentragung

A. Allgemein

Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist Sache der kantonalen Gesetzgebung, soweit nicht bundesrechtliche Bestimmungen bestehen[198]. Da hinsichtlich der Aufrufsverfahren keine Vorschriften bestehen, ist unter Heranziehung der allgemeinen Bestimmungen eine die Eigenart des Aufrufsverfahrens angemessen berücksichtigende Kostenregelung zu treffen.

Die "Ausserordentlichkeit" des Aufrufsverfahrens liegt u.a. darin, dass es kein Parteienverfahren ist und es, gleichgültig, ob Dritte sich melden oder nicht, keinen "Unterlegenen" kennt. Im ausschliesslich auf eine Bestandesaufnahme von eventuellen, dem Gesuchsteller entgegenstehenden Rechten Dritter ausgerichteten Aufrufsverfahren wird kein Entscheid über die Rechtmässigkeit (Begründetheit) der angemeldeten bzw. der vom Gesuchsteller behaupteten Rechte gefällt. Aus diesem Grunde kann es auch keinen "Unterlegenen"

---

196 Vgl. Anm. 189.

197 Wallis ZPO 358, Aargau ZPO 293.

198 Guldener S. 378.

geben, auf den die Kosten abgewälzt werden könnten. Wurden tatsächlich Rechte angemeldet und stehen sie im Widerspruch zu den Rechtsbehauptungen des Gesuchstellers, so erfolgt – mangels einer gütlichen Einigung – die Auseinandersetzung im Prozess. Erst in diesem neuen Verfahren stehen sich Gesuchsteller und Anmelder als Parteien gegenüber.

Eine weitere, vom ordentlichen Verfahren abweichende Besonderheit liegt darin, dass der Gesuchsteller ein Verfahren in Gang setzt, ohne die Adressaten des Aufrufsverfahrens zu kennen. Dieser Umstand fällt vor allem gerade hinsichtlich der Kostenregelung dann ins Gewicht, wenn sich auf den Aufruf hin niemand meldet. Spricht dieser Sachverhalt eindeutig für den Gesuchsteller, als mit dem Entscheid die Rechtslage eindeutig zu seinen Gunsten festgestellt wird, kann es nicht befriedigen, aufgrund unbekannter Dritter ihn die gesamten Kosten des Verfahrens tragen zu lassen.

Während bei Anmeldungen von Ansprüchen – unter Berücksichtigung der Besonderheit des Aufrufsverfahrens – die analoge Anwendung der allgemeinen Kostenregelung keine Schwierigkeiten bereiten dürfte, fällt es im Falle von Nichtanmeldungen nicht leicht, eine entsprechende Kostenverteilung zu treffen. Die Kostenregelung ist grundsätzlich auf das streitige Verfahren (gerichtliche Auseinandersetzung) zugeschnitten, wie sich schon aus dem Wortlaut der betreffenden Titel ergibt: "Prozesskosten"[199], "Von den Prozesskosten"[200], "Prozesskosten, Parteienentschädigung, Rechtsvertröstung"[201]. Auch die inhaltliche Ausgestaltung der einzelnen Bestimmungen bezieht sich ausschliesslich auf das Parteienverfahren.

Nur vereinzelt haben die kantonalen Zivilprozessordnungen die "besonderen Verfahren" in der allgemeinen Kostenregelung berücksichtigt:

- Bei Anhängigmachung eines "Begehrens" ist der in der Gebührenordnung festgesetzte Vorschuss zu erlegen[202]. Der Gesuchsteller hat somit wie

---

199 Appenzell-I.-Rh. ZPO I. Allgemeiner Teil 9.; Aargau ZPO Dritter Abschnitt VI. Teil; Nidwalden ZPO IV. Allgemeine Verfahrensbestimmungen 8.

200 Wallis ZPO VIII. Kapitel; Luzern ZPO II. Teil VI. Titel.

201 St. Gallen ZPO Erster Abschnitt 11.

202 Appenzell-A.-Rh. ZPO 199, St. Gallen ZPO 135 Abs. 1.

der Kläger bzw. der Rechtsmittelkläger die angeordnete Einschreibegebühr (Vorschuss) zu leisten, ansonsten eine Notfrist angesetzt wird, bei deren Nichteinhaltung die Einschreibung als nicht erfolgt gilt.

- Im summarischen Verfahren können die Kosten (der ersten Instanz) unter Vorbehalt des Rückgriffsrechtes gegenüber dem unterliegenden Beklagten beim Gesuchsteller bezogen werden[203].

B. Im Aufrufsverfahren

Unter Berücksichtigung der für die übrigen Verfahren geltenden Bestimmungen ist hinsichtlich des Aufrufsverfahren somit folgendes festzuhalten: Die Kosten werden grundsätzlich im Entscheid[204] festgelegt, welcher im Aufrufsverfahren die Anmeldungen bzw. Nichtanmeldungen von Ansprüchen festhält. Das gilt auch für den Vor- bzw. Zwischenentscheid[205], in welchem der Richter das Gesuch um Erlass eines Aufrufsverfahrens für zulässig erklärt, da der positive Zwischenentscheid mit dem Ausgang der Hauptsache in notwendigem Zusammenhang steht[206]. Wird das Gesuch um Bewilligung eines Aufrufsverfahrens abgewiesen, werden die Kosten mit dieser Verfügung ausgefällt. Da es sich beim Aufrufsverfahren nicht um einen eigentlichen Prozess, sondern um eine behördliche Mitwirkung bei der Erhebung und Feststellung eines Sachverhaltes auf einseitigen Antrag von Privaten handelt bzw. durch den Aufruf allein in der Regel keine "Gegenpartei" Schaden erleidet, entfallen Parteikosten.

Bei der Bemessung der Kosten analog dem Prozess auf den "Streitwert" und die Gebührenvorschriften anzustellen, wird wohl nur ausnahmsweise dort in Frage kommen, wo z.B. ein Guthaben Gegenstand des Aufrufsverfahrens ist. In den meisten Fällen wird die Kostenberechnung – besondere Vorschriften vorbehalten – dem Ermessen des Richters überlassen. Nur

---

203 St. Gallen ZPO 140.

204 Vgl. mit dem ordentlichen Verfahren (z.B. Luzern ZPO 299, 301).

205 Analog dem Prozess vgl. Sträuli/Messmer § 71 und zitierte Literatur, v.a. ZR 72 Nr. 119.

206 Vgl. mit den Prozesskosten (z.B. Aargau ZPO 59).

wenn dieser in der Lage ist, die Besonderheit des Aufrufsverfahrens zu berücksichtigen, kann er auch dementsprechend der besonderen Kostenbemessung voll gerecht werden. Anknüpfungspunkte können ferner die Dauer des Verfahrens, die Umtriebe, die Vermögensverhältnisse des Zahlungspflichtigen, die Schwierigkeit des Verfahrens und das Mass der Verantwortung sein. Das relativ grosse Anwendungsgebiet des Aufrufsverfahrens lässt es nicht zu, feste Regeln aufzustellen, weshalb der Aufrufsrichter in der Lage sein muss, die jedem einzelnen Aufrufsfall angemessene Kostenregelung zu treffen.

Die dem Aufrufsverfahren eigene Besonderheit in Zweck und Verfahrensablauf wirkt sich in der Kostenverlegung dahingehend aus, dass abweichend von den üblichen Regeln im ordentlichen Verfahren besondere Anknüpfungspunkte herangezogen werden müssen. Fällt die objektive Tatsache des Obsiegens oder Unterliegens ausser Betracht, so ergibt sich unter Berücksichtigung des Umstandes, ob Dritte Rechte angemeldet haben oder nicht, für das Aufrufsverfahren somit folgende Kostenverlegung:

- wird das Gesuch um Erlass eines Aufrufsverfahrens abgewiesen, so wird der Gesuchsteller in jedem Falle[207] im Sinne eines Endentscheides in die Kosten verfällt;

- wird die Einleitung des Aufrufsverfahrens bewilligt, sind die amtlichen Kosten und Gebühren vom Gesuchsteller (analog dem Parteienverfahren) im voraus zu erlegen, andernfalls unter Ansetzung einer Notfrist der Erlass des Aufrufs unterbleibt; die endgültige Kostenverteilung erfolgt im Endentscheid;

- werden innert Aufrufsfrist keine Rechte angemeldet, hat der Gesuchsteller als Veranlasser des Verfahrens sämtliche Kosten endgültig zu tragen;

- bei Anmeldungen von Rechten werden die Kosten bei dem den Entscheid erwirkenden Gesuchsteller bezogen – unter Vorbehalt des Rückgriffsrechtes gegenüber dem in einem allenfalls stattfindenden ordentlichen

---

207 Auch wenn die Verfügung mittels Rechtsmittel weitergezogen werden kann.

Verfahren unterliegenden Anmelder[208]. Kommt es anschliessend zu einem Vergleich, sind die amtlichen Kosten der Beteiligten nach billigem Ermessen verhältnismässig zu verlegen. Sprechen besondere Gründe dafür, soll es dem Aufrufsrichter nicht verwehrt sein, je nach den Umständen eine entsprechende Kostenregelung unter den Beteiligten vorzunehmen oder gar auf die Erhebung von Rechtskosten ganz oder teilweise zu verzichten. Unnötige Kosten hat, ohne Rücksicht auf den Verfahrensausgang, der Beteiligte ganz oder teilweise zu tragen, der sie verursacht hat.

---

208 Da sich hier zwei Parteien – Gesuchsteller und Anmelder – gegenüberstehen, sind die gewöhnlichen Regeln über die Kostenverteilung anwendbar.

§6 WIRKUNG DES AUFRUFS BEI NICHTANMELDUNG VON ANSPRUECHEN

I. Zeitpunkt der Wirkung

1. Für den Nichtanmelder

A. Allgemein

Während bei Anmeldung von Ansprüchen der bisherige Rechtszustand (der Ungewissheit) bis zur gütlichen oder rechtlichen Erledigung sowohl für den Gesuchsteller als auch für den Anmelder unverändert bleibt bzw. der Aufruf seine Wirkungen nicht zu entfalten vermag, tritt im Falle der Nichtanmeldung innert Frist der im Aufruf angedrohte Rechtsnachteil ein[209].

Obwohl alle kantonalen Gesetze beim unbenutzten Ablauf der im Aufruf zu bezeichnenden Frist ausdrücklich den Eintritt des angedrohten Rechtsnachteils vorsehen, lassen nur wenige Gesetze[210] auf diesen Zeitpunkt hin auch tatsächlich die rechtlichen Folgen "eo ipso" eintreten. Mehrheitlich werden diesbezüglich Vorbehalte angebracht[211]. In diesen Fällen verschiebt sich der Zeitpunkt des Eintritts des Rechtsnachteils entweder um die gewährte, aber unbenutzte "Nachfrist"[212] oder die im Aufruf angedrohten Rechtsfolgen werden nicht wirksam, da sie vom betroffenen Dritten unter Angabe der besonderen Gründe noch abgewendet werden können[213].

---

209 Die Säumnisfolgen können grundsätzlich "ipso iure" bzw. "eo ipso" nach Ablauf der Frist eintreten oder das Gericht stellt auf Antrag den Ablauf der Frist fest und spricht die Säumnisfolgen aus. Im Aufrufsverfahren tritt der Rechtsnachteil automatisch, ohne Antrag, ein, ausser im Kanton Wallis (ZPO 357), wo der Gesuchsteller innert 14 Tagen nach Ablauf der Frist dem Gericht ein erneutes Gesuch zu stellen hat, darauf durch einen Entscheid "dem Gesuchsteller sein Begehren zum Nachteil aller derjenigen, die keinen Anspruch eingegeben haben, zuerkannt wird".

210 Luzern ZPO, Nidwalden ZPO.

211 Vgl. § 5 VI 5.

212 Vgl. Anm. 187.

213 Appenzell-I.-Rh. ZPO 260, Appenzell-A.-Rh. ZPO 234, Wallis ZPO 358, Aargau ZPO 293, St. Gallen ZPO 403.

Durch die mit dem Inhalt des Aufrufes im Widerspruch stehenden Vorbehalte ist die Anwendung des Aufrufes hinsichtlich der Beseitigung der Rechtsunsicherheit überhaupt fragwürdig. Durch den Nichteintritt des Rechtsnachteils aus ganz bestimmten Gründen wird die vom Gesuchsteller mittels Aufrufsverfahrens angestrebte Rechtssicherheit nicht hergestellt, sondern sie dauert fort. Wurde das Verfahren wohl in berechtigtem Interesse des Antragstellers eingeleitet, wird nun nach Ablauf der Frist im Interesse allfälliger Dritter an der Aufrechterhaltung der für den Gesuchsteller unsicheren Rechtslage festgehalten. Im Falle solcher widersprüchlichen Bestimmungen gilt es abzuwägen, welcher Interessengruppe das Aufrufsverfahren schliesslich dienen soll.

B. Interessenabwägung

Ausgangspunkt bzw. Verfahrensvoraussetzung ist das rechtliche Interesse des Gesuchstellers an der Beseitigung einer ungewissen Rechtslage, die darin besteht, dass Unklarheit über ein eventuelles Vorhandensein allfälliger Drittansprüche herrscht. Auf Veranlassung des Antragstellers wird durch den Aufruf Gelegenheit gegeben, entsprechende Ansprüche anzumelden. Hat der Dritte Kenntnis vom Aufruf und ein Interesse an der Aufrechterhaltung seiner Ansprüche, macht er diese innert Frist geltend und die Rechtslage wird eventuell[214] im ordentlichen Verfahren definitiv geklärt. Falls auf den Aufruf hin Anmeldungen innert Frist unterbleiben, wird vermutet, dass keine entgegenstehenden Ansprüche vorliegen. Aufgrund dieses Sachverhalts ist im Interesse des Antragstellers und der Allgemeinheit zur Schaffung einer endgültigen Rechtssituation jeder später noch angemeldete Anspruch nicht mehr zu hören. Würden nach Ablauf der Aufrufsfrist bzw. der gesetzlich vorgesehenen Nachfrist noch Anmeldungen aus ganz bestimmten Gründen zeitlich unbeschränkt eingebracht werden können, wäre der vom Antragsteller angestrebte Zweck nicht erreicht. Es würde im Falle der Nichtanmeldung ein definitiver Rechtszustand überhaupt nicht geschaffen werden können, so dass das Verfahren nur dort zur Rechtssicherheit bei-

---

214 Mangels gütlicher Einigung.

tragen könnte, wo Anmeldungen eingingen. Abgesehen von der dadurch herbeigeführten Zweckentfremdung der Institution des Aufrufsverfahrens überhaupt bzw. der nur beschränkt möglichen Schaffung der Rechtssicherheit würden Dritte unangemessen bevorteilt. Ob Anmeldung oder Nichtanmeldung, es stehen den Interessen des Gesuchstellers diejenigen allfälliger Dritten gegenüber, die zu wahren sie durch den Aufruf aufgefordert werden. Durch die Möglichkeit einer nachzuholenden Eingabe hätten es säumige Dritte somit in der Hand, den durch die Nichtanmeldung provisorisch geschaffenen Rechtszustand nachträglich wieder in Frage zu stellen. Da dies dem Rechtssicherheitsbedürfnis im allgemeinen und dem Aufrufsverfahren im besonderen widerspricht, ist das allfällig bestehende Interesse Dritter genügend gewahrt, wenn dies innert einer bestimmten Frist geltend gemacht werden kann. Dem primär bestehenden Interesse des Gesuchstellers zur Schaffung einer klaren Rechtlsage kann nun nicht im Falle der Nichtanmeldung ein ebenso gleichwertiges, wenn nicht sogar höher eingestuftes Interesse eines Dritten gegenübergestellt werden, das unter bestimmten Umständen zum Ausschluss der Rechtswirkung berechtigt und somit den mittels Aufrufsverfahrens angestrebten Zweck der Rechtssicherheit vereitelt. Es würde dabei der gleiche ungewisse Rechtszustand herrschen, wie wenn überhaupt kein Aufruf erfolgt wäre. Von einer Nichtanmeldung könnte somit keine Rechtswirkung abgeleitet werden, wäre ein säumiger, bösgläubiger Dritter doch jederzeit in der Lage, sich auf die vorbehaltenen Gründe zu berufen. Ein Interessent müsste sich somit überlegen, ob er das Aufrufsverfahren überhaupt in Anspruch nehmen wolle, wenn im Falle von Nichtanmeldungen die ungewisse Rechtslage trotz durchgeführtem Verfahren fortbestehen würde.

Der Zweck des Institutes ist nur dann erreicht, wenn sowohl die Anmeldung als auch die Nichtanmeldung innert Frist eine Rechtsfolge nach sich zieht in dem Sinne, dass die unsichere Rechtslage in einen sicheren Rechtsstand überführt wird. Im ersten Fall erfolgt die Bereinigung der entgegenstehenden Interessen gütlich oder dann rechtlich im ordentlichen Verfahren, im zweiten Fall treten nach Ablauf der Aufrufsfristen bzw. der befristeten Nachfrist die angedrohten Rechtsnachteile ein. Jeder Vorbehalt ist deshalb mit dem Zweck des Aufrufsverfahrens nicht vereinbar. Dem mit dem ungenutzten Ablauf der Zeit einerseits verbundenen Eintritt der angedrohten Rechts-

nachteile zu Lasten säumiger Dritter entspricht andererseits die Rechtsgewissheit des Gesuchstellers, dass keine persönlichen oder dinglichen Ansprüche in bezug auf eine bestimmte Sache vorliegen bzw. gegen ihn geltend gemacht werden können.

Aufgrund des unbekannten Personenkreises wird der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des im Aufruf angedrohten Rechtsnachteils für alle eventuellen Berechtigten ausdrücklich auf den Moment des Fristablaufs festgesetzt. Dieses Vorgehen ist umso eher gerechtfertigt, als dem säumigen Dritten keine Rechtsmittel zur Verfügung stehen und sich somit auch ein Ersatz der Zustellung, die öffentliche Bekanntmachung, erübrigt.

2. Für den Gesuchsteller

A. Allgemein

Ist der Zeitpunkt der Wirksamkeit für die Nichtanmelder im Aufruf ausdrücklich bestimmt, fehlt es diesbezüglich an besonderen Vorschriften, was das Wirksamwerden gegenüber dem Gesuchsteller betrifft. Da die Verfügung, welche feststellt, ob der Aufruf widersprochen oder unwidersprochen blieb bzw. welche die Einsprachen festhält, ohne vorgängige mündliche Verhandlung (öffentliche Sitzung) getroffen wird, tritt die Wirkung für den Gesuchsteller mit der schriftlichen Mitteilung an ihn ein.

Weil der Gesuchsteller nicht Adressat des Aufrufes ist und er keine Kenntnis über allfällige Anmeldungen haben kann, ist es Sache des Aufrufsrichters, ihn darüber von Amtes wegen zu orientieren.

B. Bei dinglichen Rechten

Kontrovers sind die Meinungen[215] betreffend des Zeitpunktes der Wirkung (Eigentumserwerb bzw. Berechtigung) unwidersprochen gebliebener, eintra-

---

215 Tuor S. 496 Anm. 3.

gungsbedürftiger dinglicher Rechte[216]: tritt die Wirkung nach Ablauf der Aufrufsfrist, durch richterliche Verfügung oder erst durch die Eintragung ins Grundbuch ein?

Zum Vergleich ist der originäre Erwerb von Grundeigentum durch die ausserordentliche Ersitzung herbeizuziehen, wo mittels des Aufrufsverfahrens Klarheit über Eigentumsverhältnisse geschaffen wird. Trotz des unterschiedlichen Zwecks und anderer Wirkung[217] der beiden Aufrufsverfahren lassen sich hinsichtlich des Zeitpunktes der Wirksamkeit gemeinsame Schlüsse ziehen. Wie vorne ausgeführt, hat der Ablauf der Aufrufsfrist nur für den säumigen Dritten unmittelbar rechtliche Folgen, gleichgültig, ob es sich um eintragungsbedürftige dingliche Rechte handelt oder nicht. Analog dem Eigentumserwerb durch die ausserordentliche Ersitzung ist davon auszugehen, dass gemäss dem relativen Eintragungsprinzip[218] dingliche Rechte auch ohne Eintragung entstehen können[219]. Der unwidersprochen gebliebene Aufruf tritt an Stelle des sonst erforderlichen Erwerbgrundes[220], wobei der Gesuchsteller durch den richterlichen Entscheid Eigentum erwirbt. Die nachfolgende Eintragung in das Grundbuch hat somit nur noch deklaratorische Bedeutung in dem Sinne, dass ohne sie der Gesuchsteller über die ihm zugefallenen Rechte nicht grundbuchlich verfügen kann.

3. Im deutschen "Aufgebotsverfahren"

Betreffend des Zeitpunkts der Wirksamkeit nach Ablauf der Aufrufsfrist ist vergleichsweise auf das Aufgebotsverfahren des deutschen Rechtes[221] zu ver-

---

216 Vgl. hinten § 11 II.

217 Vgl. hinten § 10 I 1. B.

218 Gesetzlicher Eigentumserwerb durch richterliches Urteil (ZGB 656 Abs. 2).

219 A.M. des Bundesgerichtes: die Aufzählung in ZGB 656 sei limitativ, deshalb gelte das absolute Eintragungsprinzip auch für die ausserordentliche Ersitzung.

220 ZGB 665.

221 §§ 946.

weisen. Hier tritt die Ausschlusswirkung für Nichtanmelder nicht "eo ipso", d. h. mit Ablauf der Frist ein, sondern es bedarf eines erneuten Antrages des Gesuchstellers[222] auf Erlass eines Ausschlussurteils. Nach nochmaliger von Amtes wegen vorzunehmender Prüfung[223] der formellen und materiellen Voraussetzungen durch das Gericht ergeht nach einseitiger Verhandlung mit dem Gesuchsteller das Ausschlussurteil[224] (vorbehältlich der angemeldeten Rechte) gegen alle diejenigen, die sich nicht rechtzeitig gemeldet haben. Der Eintritt der Rechtskraft[225] fällt somit sowohl für den Gesuchsteller als auch für den untätig gebliebenen Dritten auf den Zeitpunkt der Verkündung[226]. Durch die erneute richterliche Prüfung wird Gewähr dafür geboten, dass der Antrag auf Erlass des Aufgebotes bzw. das Ausschlussurteil berechtigt war, ohne sich einseitig auf den ungenutzten Fristablauf zu berufen und daran die einschneidende Ausschlusswirkung zu knüpfen[227].

II. Der Rechtsnachteil

1. Allgemein

Das Nichtanmelden bzw. nicht rechtzeitige Anmelden von Ansprüchen zieht für den Betroffenen die im Aufruf angedrohten Rechtsnachteile nach sich, die im Zeitpunkt des Fristablaufes wirksam werden. Worin die Rechtsnachteile im einzelnen bestehen, geht aus dem Inhalt des Aufrufes hervor. In

---

222 Vgl. Wallis ZPO 357.

223 Hellwig S. 89: "Die Prüfung liegt dem Gericht auch dann ob, wenn Anmeldungen nicht erfolgt sind."

224 Nikisch S. 585: "Ist der Antrag in Ordnung und liegen Anmeldungen nicht vor, so ist in öffentlicher Sitzung das Ausschlussurteil zu erlassen (§ 952 I), das die im Aufgebot angedrohten Rechtsnachteile ausspricht."

225 Gegen das Ausschlussurteil gibt es kein Rechtsmittel, sondern nur die Anfechtungsklage (Hellwig S. 91).

226 Da das Ausschlussurteil in öffentlicher Sitzung zu verkünden ist, ist eine Zustellung an den Antragsteller oder sonst bekannte Beteiligte nicht erforderlich. Eine Veröffentlichung des Ausschlussurteils ist in das Ermessen des Gerichtes gestellt (Daude S. 25).

227 Vgl. Aufrufsverfahren in der Schweiz.

der Regel wird der Verlust bzw. die Verwirkung[228] der anzumeldenden Ansprüche angedroht. Da durch das Aufrufsverfahren die Rechtsunsicherheit sowohl hinsichtlich unbekannter persönlicher als auch dinglicher Ansprüche beseitigt werden soll, bezieht sich der Verlust sowohl auf dingliche als auch auf persönliche, nicht angemeldete Ansprüche. Der angedrohte Rechtsnachteil kann deshalb nicht näher konkretisiert werden, weil unklar ist, ob und was für Ansprüche bestehen.

Vereinzelt ist allerdings vorgesehen, dass bei Nichtanmeldung nicht unbedingt die betreffenden Ansprüche untergehen, sondern dass für diesen Fall ausdrückliche und bestimmte Rechtsnachteile zu bezeichnen sind[229]. Die für den einzelnen Fall in das Ermessen des Richters fallende Bestimmung der Rechtsnachteile ist insoweit fraglich, als dadurch der Zweck des Aufrufsverfahrens unter Umständen nicht erreicht wird. Besteht der Rechtsnachteil nicht im endgültigen Ausschluss jedes nicht angemeldeten Anspruches, sieht sich der Dritte unter Umständen gar nicht veranlasst, seine Rechte geltend zu machen. Ist es nämlich trotz unterlassener Anmeldung weiterhin möglich, seine Ansprüche anzubringen, ist auch die unklare Rechtssituation nicht beseitigt. Die durch das Aufrufsverfahren angestrebte Rechtssicherheit wird nur dadurch gewährleistet, dass entweder innert Frist entsprechende Ansprüche geltend gemacht werden oder dass diese gemäss dem angedrohten Rechtsnachteil untergehen. Werden keine Rechte angemeldet, soll es so gehalten werden, wie wenn überhaupt nie solche bestanden hätten. Jede andere Zwischenlösung, die nicht den Verlust der Ansprüche vorsieht, macht die Institution des Aufrufsverfahrens illusorisch.

2. Verwirkung

Worin der Verlust des Anspruches im Einzelfalle besteht, kommt somit auf den Inhalt des jeweiligen Aufrufes an und lässt sich nur insofern negativ

---

228 Wallis ZPO 355 Abs. 1.

229 Vgl. "Private Rechtsansprüche" (Appenzell-A.-Rh. ZPO 232 Abs. 1, Appenzell-I.-Rh. ZPO 258 Abs. 1).

umschreiben, als nach Ablauf der Frist alle dem Gesuchsteller entgegenstehenden persönlichen oder dinglichen Rechte, falls solche tatsächlich bestehen sollten, für den jeweiligen Berechtigten untergehen.

Aufgrund der Ungewissheit über persönliche oder dingliche Ansprüche werden im Sinne einer Generalklausel vom Verlust alle diejenigen betroffen, welche gemäss Aufruf – falls vorhanden – anzumelden gewesen wären. Eine Einschränkung der Anmeldung bzw. des Verlustes geht vom Inhalt des Aufrufes aus, und zwar insofern, als es sich bei den vom Rechtsnachteil bedrohten Rechten um privatrechtliche[230] handeln muss, die sich gegen den Gesuchsteller bzw. gegen eine Sache von ihm richten. Oder positiv ausgedrückt: Der Nachteil tritt zugunsten des Antragstellers ein, indem er von allenfalls zu seinen Lasten[231] bestehenden Rechten des Gegners befreit wird oder dass er einen Erwerb macht.

Im Aufrufsverfahren handelt es sich um die Wirkung, die eine bestimmte Zeitdauer nur in Verbindung mit der Untätigkeit gegenüber dem Aufruf hat. Bei der durch den Aufruf angesetzten Frist handelt es sich um eine Verwirkungsfrist[232].

Folge der Verwirkung ist stets, dass der Anspruch keinen Rechtsschutz mehr finden können soll bzw. dass das subjektive Recht aufgrund des mangelnden Rechtsschutzes selbst betroffen wird. Während die Verjährung nur die Klagbarkeit (das Klagerecht) betrifft, ist die Verwirkung ein Untergangsgrund für bestehende Ansprüche. Dadurch wird eine neue, für alle Beteiligten verbindliche Rechtslage geschaffen.

Würde man trotz des ausdrücklichen Wortlauts des Gesetzes und den Folgen der Verwirkung anstatt den Verlust des Anspruches nur den Untergang des Klagerechtes annehmen wollen, so wäre das Ziel des Aufrufsverfahrens nicht erreicht. Denn da der nicht rechtzeitig angemeldete Anspruch nicht

---

230 Vgl. "Private Rechtsansprüche" (Appenzell-A.-Rh. ZPO 232 Abs. 1, Appenzell-I.-Rh. ZPO 258 Abs. 1).

231 Z. B. Grunddienstbarkeiten (Wegrechte usw.).

232 Appenzell-I.-Rh. ZPO 258 Abs. 1 und Appenzell-A.-Rh. ZPO 232 Abs. 1 sprechen ausdrücklich von einer "Verwirkungsfrist".

unterginge, würde die Rechtsunsicherheit weiterbestehen. Weggefallen wäre rein prozessual bloss die Erzwingbarkeit bzw. Rechtsschutzfähigkeit, ohne dass über die materielle Rechtslage Klarheit bestünde. Mit blossem Wegfall der Klagbarkeit bleibt die Rechtslage materiell unverändert wie vor der Einleitung des Aufrufsverfahrens, mit dem Unterschied, dass der Berechtigte zur Passivität verurteilt ist und seine Rechte nicht auf eigene Initiative durchsetzen kann. Materiell unverändert wäre demnach auch die Rechtssituation für den Gesuchsteller gegenüber den berechtigten Nichtanmeldern. Verliert der nicht rechtzeitig Anmeldende das Klagerecht, kann er zwar einerseits seine Rechte nicht mehr von sich aus durchsetzen, muss aber andererseits, aufgrund der unbekannten, trotz Nichtanmeldung materiell weiterbestehenden Rechte, nicht damit rechnen, vom Gesuchsteller belangt zu werden.

Dem durch die Verjährung eintretenden Verlust des Klagerechts auf Seiten des Nichtanmelders als einzigem Rechtsnachteil bei gleichbleibender materieller Rechtslage für beide Seiten (Gesuchsteller und Nichtanmelder) steht bei der Verwirkung der Verlust des nicht angemeldeten materiellen Rechtes zulasten des Dritten und zugunsten des Gesuchstellers gegenüber.

Diese durch das Gesetz bzw. durch den Aufruf angeordnete Rechtsfolge, wonach nach abgelaufener Frist der Untergang der Ansprüche unumstösslich wird – unabhängig vom wirklichen Tatbestand – entspricht allein dem durch das Aufrufsverfahren angestrebten Zweck der Schaffung von Rechtssicherheit.

III. Abänderungsbefugnis des Aufrufsrichters

1. Allgemein

Es stellt sich nun die Frage, ob und bis wann der Aufrufsrichter – trotz Eintritt der Ausschlusswirkung – befugt ist, einen nicht der Ausschlusswirkung entsprechenden Entscheid zu treffen oder auf eine die Anmeldung bzw. Nichtanmeldung feststellende Verfügung zurückzukommen.

Im ordentlichen Verfahren wird zwischen der formellen Rechtskraft und dem Ausschluss der Abänderung der Entscheidung durch das Gericht in dem Sinne unterschieden, dass z. B. prozessleitende Entscheide trotz formeller Rechtskraft bis zur Endentscheidung der Abänderung durch das Gericht unterliegen[233]. Im nichtstreitigen Verfahren (freiwillige Gerichtsbarkeit) wird die Verfügung – trotz Ausfällung – grundsätzlich erst mit der schriftlichen Mitteilung an den Gesuchsteller verbindlich, d. h. der Amtshandlung kommt die formelle Rechtskraft in dem Sinne zu, dass sie – unter Vorbehalt[234] – von den verfügenden Behörden nicht mehr aufgehoben oder abgeändert werden kann.

Ob eine Unterscheidung zwischen formeller Rechtskraft und Ausschluss der Abänderung auch für das Aufrufsverfahren zutrifft, lässt sich weder aus seiner Zuteilung zu einem dieser Verfahren (ordentliches oder nichtstreitiges Verfahren) herleiten, noch kann es davon abhängen, ob die formelle Rechtskraft anlässlich eines Entscheides oder "eo ipso" eintrat. Obwohl das Aufrufsverfahren verfahrensmässig der freiwilligen Gerichtsbarkeit ähnlich sieht, kommen ihm bei Nichtanmeldung von Ansprüchen die Wirkungen des ordentlichen Verfahrens zu: Verlust bzw. Verwirkung der Ansprüche.

2. Gründe

Grundsätzlich sei auf die Bedeutung der Ausschlusswirkung, die Stellung des Gesuchstellers und das Wesen des Aufrufsverfahrens hingewiesen. Der Ablauf der Aufrufsfrist hat für allfällige Dritte und Gesuchsteller einschliesslich den Richter verschiedene Wirkungen, abgesehen davon, dass der Zeitpunkt der Wirksamkeit unterschiedlich ist.

Trifft nach ungenutztem Ablauf der Frist den allfälligen Dritten der angedrohte Rechtsnachteil im Sinne der "formellen Rechtskraft"[235], kann der

---

233 Guldener S. 301.

234 Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 61.

235 Vgl. ordentliches Verfahren: nach Ablauf der Rechtsmittelfrist kann ein Entscheid durch die Parteien nicht mehr angefochten werden und jede Abänderung durch das Gericht ist ausgeschlossen.

Gesuchsteller mangels Kenntnis von Anmeldungen bzw. Nichtanmeldungen für sich keine Rechte ableiten, solange ihm nicht die Verfügung des Aufrufsrichters zugestellt wurde. Erst ab diesem Zeitpunkt wird der Entscheid für den Gesuchsteller verbindlich bzw. für den Richter unabänderbar. Vor Kenntnis des Entscheides kann der Gesuchsteller nicht wissen, ob und was für Anmeldungen erfolgt sind, so dass er aufgrund der für ihn noch immer bestehenden Rechtsunsicherheit auch keine entsprechenden Verfügungen treffen kann.

Der Eintritt des Rechtsnachteils bzw. die daraus unmittelbar entstehenden Wirkungen richten sich gegen allfällige Dritte und sind unbedingt, d.h. sie können von sich aus nichts mehr unternehmen, um diese Rechtsfolgen abzuändern. Den Gesuchsteller trifft die Ausschlusswirkung nur mittelbar in dem Sinne, dass, gestützt darauf, erst der für ihn massgebende Entscheid erlassen werden kann. Dass die für den Gesuchsteller positive Rechtsfolge der Nichtanmeldung nicht gleichzeitig mit der negativen Rechtsfolge für den allfälligen Dritten im Zeitpunkt des Fristablaufs eintritt, geht auch daraus hervor, dass die Frist allfälligen Dritten angesetzt wurde und nicht dem Gesuchsteller.

Abgesehen davon, dass der Gesuchsteller vom Fristablauf nur mittelbar betroffen wird, kann der aufgrund von Nichtanmeldungen erfolgende Entscheid bis zur Mitteilung an den Gesuchsteller nur bedingt in dem Sinne sein, als das Interesse zur Erlangung der Rechtssicherheit auf dem Wege des Aufrufsverfahrens auf Seiten des Gesuchstellers wegfallen kann. Trotz fehlendem Interesse auf Seiten des Gesuchstellers einen für ihn gegenüber allen Drittpersonen verbindlichen Entscheid (materielle Rechtskraft) zu fällen, würde dem durch das Aufrufsverfahren angestrebten Zweck der Rechtssicherheit zuwiderlaufen und der missbräuchlichen bzw. bösgläubigen Handhabung des Verfahrens Vorschub leisten. Deshalb ist der aufgrund der Nichtanmeldung zu fällende, für den Gesuchsteller entsprechend positive Entscheid trotz Ausschlusswirkung allein auf das noch vorhandene Interesse des Antragstellers abzustützen. Insofern ist der im Anschluss des Fristablaufs zu erlassende Entscheid bis zur Mitteilung an den Gesuchsteller bedingt. Ist das Rechtsschutzinteresse auf Seiten des Gesuchstellers noch vorhanden, erlässt der Richter den für den Gesuchsteller entsprechend positi-

ven Entscheid[236]. Fällt das Interesse nach dem Fristablauf weg, muss der Aufrufsrichter befugt sein, trotz Eintritts der Ausschlusswirkung einen anderen Entscheid zu fällen bzw. auf seinen Entscheid bis zur Mitteilung an den Gesuchsteller zurückzukommen.

Dass der Ablauf der Aufrufsfrist den Eintritt des Rechtsnachteils im Sinne der Ausschlusswirkung für den Nichtanmelder nach sich zieht, nicht aber "eo ipso" die entsprechenden positiven Folgen zugunsten des Gesuchstellers eintreten, geht auch aus dem Wesen des Aufrufsverfahrens hervor. Meldet sich nämlich innert Frist niemand, wird angenommen, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keine Drittansprecher bzw. entgegenstehende Rechte vorhanden sind. Der Gesuchsteller steht somit als einziger bekannter Beteiligter fest, gegen dessen Behauptungen kein Dritter seinerseits durch Anmeldungen von Ansprüchen Widerspruch erhoben hat. Gerade die Tatsache, dass dem Richter mangels Anmeldungen Dritter nur der Antragsteller gegenübersteht und er auf dessen Darlegungen angewiesen ist, erfordert eine richterliche Prüfung des Verfahrens von Amtes wegen bis zu dessen Beendigung, d.h. bis zur Mitteilung des Entscheides an den Gesuchsteller.

Grundsätzlich hat der Richter seinem Entscheid die Rechtslage zugrunde zu legen, wie sie im Zeitpunkt der Ausfällung besteht. Haben sich nach Ablauf der Frist die tatsächlichen Verhältnisse auf Seiten des Gesuchstellers wesentlich geändert, ist das Gericht berechtigt und verpflichtet, trotz Eintritts der Ausschlusswirkung[237] von Amtes wegen seinen Entscheid den veränderten Verhältnissen anzupassen. Das geschieht dadurch, dass der Aufrufsrichter einen entsprechenden Entscheid fällt oder – falls er bereits ausgefällt, aber noch nicht mitgeteilt ist – aufhebt oder abändert. Die trotz Ausschlusswirkung zulässige Abänderung bzw. Ausfällung einer anderen Entscheidung beruht auf dem Grundsatz, dass das Interesse an einer de jeweiligen Sachlage gerecht werdenden Regelung höher gewertet werden soll als die Rechtsbeständigkeit staatlicher Akte.

---

236 Befreiung von Pflichten oder Erwerb von Rechten.

237 Vgl. grundsätzliche Ausführungen zur formellen Rechtskraft von Baur S. 250 und 264.

3. Schranken

Das Gericht darf aber die von ihm getroffene Verfügung nicht mehr in Wiedererwägung ziehen, sobald sie dem Gesuchsteller schriftlich mitgeteilt wurde. Die Eröffnung des Entscheides gibt ihm zuverlässigen Bescheid über die Rechtslage, so dass ab diesem Zeitpunkt aus Gründen der Rechtssicherheit eine Rücknahme durch das Aufrufsgericht auf keinen Fall mehr zulässig sein kann.

Durch den gestützt auf die Nichtanmeldung erfolgten Entscheid wurde eine Rechtslage geschaffen in dem Sinne, dass die vom Gesuchstellter angestrebte Rechtssicherheit durch Ausschluss jeglicher Ansprüche Dritter gegen ihn herbeigeführt wurde. Auf diese Rechtssituation muss sich der Gesuchsteller bzw. der Dritte verlassen können, würde doch der gesamte Rechtsverkehr verunsichert, könnte der einmal eröffnete Entscheid jederzeit zurückgenommen werden und wären somit auch die im Anschluss daran getroffenen Verfügungen hinfällig. Die durch das Aufrufsverfahren angestrebte Rechtssicherheit bzw. Beseitigung der Rechtsunsicherheit kann nur dadurch erreicht werden, wenn ab einem gewissen Zeitpunkt ein bestimmter Rechtszustand für immer und alle Bestand hat.

IV. Rechtsnatur des Entscheides

1. Rechtsgestaltend

Die Wirkung des Entscheides des Aufrufsrichters bei Nichtanmeldungen von Ansprüchen wird rechtsgestaltende[238] Wirkung in dem Sinne zugesprochen, als die Festigung des vorhandenen Rechtszustandes nicht etwa durch einen feststellenden Entscheid erreicht wird, sondern dadurch, dass die dem bestimmten Rechtszustand entgegenstehenden Rechte ausgeschlossen werden. Der an die Nichtanmeldung eintretende Rechtsnachteil hat reine Gestaltungs-

---

238 Vgl. Nikisch S. 585, Hellwig S. 91 (Wirkung des Ausschlussurteils im deutschen Aufgebotsverfahren).

wirkung, indem durch den Entscheid des Aufrufsrichters nicht etwa die Freiheit der Sache von der Belastung festgestellt, sondern das bisher bestehende Recht beseitigt wird.

Eine rechtsändernde Wirkung ist in der Tat dem Entscheid dort nicht abzusprechen, wo tatsächlich entgegenstehende Rechte bestehen. Aufgrund der Unkenntnis Dritter aber können ihre allfällig entgegenstehenden Rechte nicht aufgehoben werden. Rechtsaufhebend kann andererseits nur auf etwas eingewirkt werden, was Bestand hat oder hatte, weshalb die Annahme der Gestaltungswirkung gegen Unbekannt als reichlich konstruiert wirkt.

2. Feststellend

Der Rechtsnatur des Entscheides wird man nur dann gerecht, wenn vom Standpunkt des bekannten Gesuchstellers und nicht von demjenigen des unbekannten Dritten ausgegangen wird. Vom Zeitpunkt des Erlasses des Aufrufes an sind nur die Rechte des Gesuchstellers bekannt. Die Rechtsunsicherheit soll dadurch beseitigt werden, dass durch den Aufruf allfällige "Gegenparteien" mit entgegenstehenden Interessen ausfindig gemacht werden sollen. In dieser Phase dient das Aufrufsverfahren als reines Nachforschungsmittel, ob ausser jenen des Gesuchstellers noch andere Rechte oder Interessen bestehen. Mit der Feststellung der Tatsache, ob Dritte dasselbe Recht für sich in Anspruch nehmen[239] bzw. ob Anmeldungen erfolgt sind[240], findet das Aufrufsverfahren seinen Abschluss, ohne dass der Bestand des Rechtes bejaht oder verneint wird[241]. Es wird somit im Falle der Nichtanmeldung weder in die bekannte Rechtslage des Gesuchstellers noch in diejenige allfälliger Dritter im Sinne einer Rechtsaufhebung bzw. Rechtsbegründung rechtsgestaltend eingegriffen, sondern das Bestehen des Rechtes des Antragstellers bzw. seine Freiheit von Rechten Dritter festgestellt. Die bei Nichtanmeldung eintretende Ausschlusswirkung sagt so wenig aus über den

---

239 Wettstein S. 62.

240 Münzel S. 384.

241 VJS 1922 S. 33 b.

rechtlichen Bestand der Ansprüche wie der darauf folgende, diese Rechtslage zugunsten des Gesuchstellers feststellende Entscheid. Die Ausschlusswirkung bezieht sich auf allfällige Anmeldungen von Rechten in dem Sinne, dass der Unbekannte von Anmeldungen ausgeschlossen wird. Aufgrund der Tatsache, dass keine Anmeldungen eingehen, wird die Rechtslage zugunsten des Gesuchstellers festgestellt und für verbindlich erklärt, ungeachtet der allenfalls bestehenden, aber unbekannten Rechte Dritter. Gestaltungswirkung könnte höchstens in dem Sinne verstanden werden, dass der nach dem Aufruf festgestellte Rechtszustand von jedermann zu beachten ist (Wirkung "inter omnes")[242]. Ansonsten handelt es sich aber – analog der negativen Feststellungsklage (wo ein bestehendes Recht auch nicht erforderlich ist) – um die Feststellung eines Rechtszustandes, über den der Gesuchsteller mangels Einsprüchen frei verfügen kann.

3. Fazit

Am ehesten wird man der Rechtsnatur des Entscheids dann gerecht, wenn man entsprechend dem Aufrufsverfahren als Sonderverfahren auch den Entscheid als Amtshandlung "sui generis" betrachtet, da er hinsichtlich des ungewissen Rechtszustandes bzw. allfälliger Nichtanmelder feststellend wirkt, hinsichtlich der Wirkung gegenüber Dritten aber gestaltend im Sinne der Gestaltungswirkung. Da eine Gegenpartei fehlt, mit der die Auseinandersetzung über den Bestand der entgegenstehenden Rechte im streitigen Verfahren erfolgen könnte, verlangt es die durch Aufrufsverfahren angestrebte Rechtssicherheit, dass der durch den Entscheid festgestellte Rechtszustand endgültig und für jedermann Bestand hat.

---

242 Bärmann S. 160, Guldener S. 318.

V. Materielle Rechtskraft des Entscheides

1. Grundsätzliches

Trotz der Ausschlusswirkung zulasten des Nichtanmelders und Unzulässigkeit der Abänderung des Entscheides durch den Aufrufsrichter ist die mittels Aufrufsverfahrens angestrebte Rechtssicherheit erst gewährleistet, wenn ein neues Verfahren über denselben Verfahrensgegenstand ausgeschlossen ist.

Bedeutet die formelle Rechtskraft Unanfechtbarkeit[243] und Unabänderlichkeit im selben Verfahren, sichert die materielle Rechtskraft die Massgeblichkeit des Inhalts einer formell-rechtskräftigen und unabänderlichen Entscheidung für neue Verfahren derselben Beteiligten vor denselben oder anderen Gerichten und Behörden[244]. Durch den Eintritt der materiellen Rechtskraft wird eine nochmalige Entscheidung über denselben Verfahrensgegenstand[245] verhindert und der Richter eines späteren Verfahrens an die Entscheidung gebunden. Der formell-rechtskräftige Entscheid schafft materielle Rechtskraft im positiven Sinne darin, dass der Verfahrensgegenstand nach Bestand, Art und Umfang festgelegt ist und im negativen Sinne darin, dass die obsiegende Seite in einem erneuten Verfahren über denselben Verfahrensgegenstand die "exceptio rei judicatae"[246] entgegenhalten kann. Die materielle Rechtskraft bewirkt, dass die durch den Entscheid herbeigeführte Rechtslage nicht durch erneute Geltendmachung des Anspruches abgeändert werden kann. Die Rechtssicherheit verlangt, dass die materielle Rechtskraft auch für mangelhafte Entscheide gilt und der rechtskräftige Entscheid ohne Rücksicht auf seine Uebereinstimmung mit der bestehenden Rechtslage verbindlich ist[247]. Soweit es sich um einen bundesrechtlichen Anspruch handelt, folgt die materielle Rechtskraft nach herrschender Meinung aus Bundespri-

---

243 Im Aufrufsverfahren: nach dem Ablauf der Frist können keine Ansprüche mehr angemeldet werden.

244 Bärmann S. 157.

245 "Ne bis in idem" i.S. eines Verfahrenshindernisses.

246 Einrede der abgeurteilten Sache.

247 Guldener S. 325.

vatrecht[248], wonach durch den rechtskräftigen Entscheid subjektive Rechte bzw. Rechtsverhältnisse entstehen bzw. untergehen[249]. Dadurch wird eine neue Rechtsgrundlage geschaffen, an die die Beteiligten gebunden sind. Erst durch die materielle Rechtskraft und nicht bloss mit der Möglichkeit, einen Anspruch geltend zu machen, kann voller prozessualer Rechtsschutz gewährt und die Privatrechtsordnung durchgeführt werden[250].

Es ist nun zu fragen, ob die zum prozessualen Rechtsschutz erforderliche materielle Rechtskraft auch für das Aufrufsverfahren bzw. für den aufgrund der Nichtanmeldung von Ansprüchen erlassenen Entscheid zu gelten habe. Da es diesbezüglich an ausdrücklichen Bestimmungen fehlt, ist des näheren auf das Wesen der materiellen Rechtskraft einzugehen.

2. Im Aufrufsverfahren

A. Einwände

a) Kein Parteienverfahren und beschränkte Prüfungspflicht

Es wird die Meinung vertreten[251], die Grundsätze des Zivilprozessrechtes über die materielle Rechtskraft seien auf das Parteienverfahren zugeschnitten und liessen sich nicht allgemein auf Amtshandlungen übertragen, die wohl von jedermann anzuerkennen seien, deren Verbindlichkeit aber keine unbeschränkte sein könne, weil die allenfalls betroffenen Personen keine Gelegenheit hätten, ihre Rechte geltend zu machen und weil oftmals nur eine beschränkte Prüfungspflicht vorhanden sei, so dass die Gewähr für die Rechtsmässigkeit nicht unbedingt vorliege.

---

248 Materielle Rechtskrafttheorie (Guldener S. 325). Vgl. ferner Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, S. 27.

249 Guldener a.a.O. S. 15, 17.

250 Balmer S. 419, 437.

251 Vgl. u.a. Münzel S. 367. Wettstein S. 51, 62.

Dagegen ist einzuwenden, dass im Aufrufsverfahren den durch Ausschlusswirkung betroffenen Personen Gelegenheit gegeben wurd, innert Aufrufsfrist ihre Rechte geltend zu machen und dadurch ein Parteienverfahren herbeizuführen. Wurde diese Möglichkeit überhaupt nicht oder nicht rechtzeitig wahrgenommen, haben sie die entsprechenden rechtlichen Folgen zu tragen.

Dementsprechend ist auch die richterliche Prüfungspflicht[252] umfassend und darauf ausgerichtet, dass im Falle der Nichtanmeldung die Ausschlusswirkung rechtmässig eintritt und somit für den unbestimmten Personenkreis unbeschränkt verbindlich wird.

b) Kein endgültiger Entscheid[253]

Die materielle Rechtskraft wird von verschiedener Seite nur dem Zivilprozess zugerechnet, weil es sich um einen einmaligen endgültigen Entscheid handle. Da es im Rechtsstreit um die Feststellung einer bereits bestehenden Rechtslage gehe, hätten die Parteien Tatsachen als Grundlage für den Entscheid vorzulegen. Wenn ausserhalb des Zivilprozesses Entscheide gefällt würden, ohne dass die Zuziehung von Personen zwingend vorgeschrieben und Voraussetzung sei, handle es sich nicht um feststellende und endgültige Entscheidungen, sondern um Verwaltungsmassnahmen, die keiner materiellen Rechtskraft bedürften. Weil diese auf Aenderung der Rechtslage gerichteten Massnahmen den Verhältnissen angepasst werden müssten, könnten sie nicht endgültig sein bzw. in materielle Rechtskraft erwachsen. Da sie deshalb jederzeit wieder aufgehoben und abgeändert werden könnten, könnten sie auch ohne Anhörung der Betroffenen erlassen werden.

Diese auf dem Wesen der Entscheidungen im Zivilprozess beruhende Argumentation lässt ausser acht, dass es auch ausserhalb der Zivilprozesse andere Verfahren gibt und geben muss, die in der Lage sind und sein müssen, eine Rechtssituation materiell festzustellen. Dass der die materielle Rechtslage feststellende Entscheid im Aufrufsverfahren ergeht, ohne dass

---

252 Vgl. § 5 IV.

253 Münzel S. 368.

die betroffenen Personen angehört wurden, macht gerade das Besondere dieses Verfahrens aus. Anstelle der von den Parteien im Zivilprozess vorgebrachten Tatsachen, auf die der Richter seinen Entscheid stützt, wird im Aufrufsverfahren die vom Gesuchsteller geschilderte Rechtslage nach unbenutztem Ablauf der Aufrufsfrist als gegeben angenommen. Entscheidend dabei, dass trotz einseitigen Vorbringens seitens des Gesuchstellers der Entscheid in materielle Rechtskraft erwachsen kann, ist die Tatsache, dass allfällige Betroffene durch den Aufruf Gelegenheit dazu hatten, sich am Verfahren zu beteiligen (durch Anmeldung von Rechten) bzw. auf den Entscheid Einfluss zu nehmen. Dass sie dies nicht taten, ist kein Hindernis, dass auch ein ausserhalb des Zivilprozesses im Aufrufsverfahren ergangener Entscheid eine materielle Rechtslage verbindlich feststellt bzw. in materielle Rechtskraft tritt.

B. Voraussetzungen

b) "Formelle Rechtskraft" und Unabänderlichkeit

Der unbenutzte Ablauf der Aufrufsfrist bewirkt u.a., dass analog der "formellen Rechtskraft" im ordentlichen Verfahren die entsprechenden Wirkungen auch im Aufrufsverfahren in dem Sinne eintreten, dass seitens der Betroffenen gegen die Ausschlusswirkung nichts mehr unternommen werden kann. Desgleichen ist der vom Aufrufsrichter erlassene Entscheid ab dem Zeitpunkt der Mitteilung an den Gesuchsteller unter Vorbehalt unabänderlich. Sind somit die "formelle Rechtskraft" und Unabänderlichkeit als Voraussetzungen im Aufrufsverfahren eindeutig gegeben, kann von dieser Seite her dem Eintritt der materiellen Rechtskraft nichts im Wege stehen.

b) Rechtsgestaltender oder feststellender Entscheid

Der Eintritt der materiellen Rechtskraft hängt davon ab, ob die im Anschluss an das Aufrufsverfahren ergehende Entscheidung rechtsgestaltender[254] oder feststellender[255] Natur ist.

254 Es wird eine neue Rechtslage geschaffen (konstitutive Wirkung).

255 Es wird eine schon bestehende Rechtslage festgestellt (deklaratorische Wirkung).

Gestaltungswirkung in dem Sinne, dass der durch die Entscheidung gestaltete Rechtszustand an die Stelle des bisherigen Rechtszustandes getreten ist, ist von jedermann zu beachten, solange er besteht. Die so "inter omnes" geltende Wirkung kann aber nicht verhindern, dass der dadurch geschaffene Zustand durch eine neue Entscheidung – veranlasst durch am Verfahren weder materiell noch formell Beteiligte – wieder umgestaltet wird.

Würde man auch – entgegen den vorne gemachten Ausführungen[256] – dem Entscheid des Aufrufsrichters rechtsgestaltende anstatt feststellende Wirkung beimessen, kann diesem insofern neben der Gestaltungswirkung die Wirkung der materiellen Rechtskraft zukommen, als damit zugleich die Feststellung enthalten ist, dass die Rechtsgestaltung auch zu Recht erfolgt ist und als man diese Feststellung in materielle Rechtskraft erwachsen lässt.

Daraus ist klar ersichtlich, dass die Annahme der materiellen Rechtskraft nicht auf begriffslogischen, sondern auf rechtspraktischen[257] Ueberlegungen beruhen muss. Für das Aufrufsverfahren muss auf den Gegenstand des Entscheides abgestellt und vom Zweck des Instituts her geprüft werden, ob ein Bedürfnis für die materielle Rechtskraft besteht.

Das Aufrufsverfahren bezweckt die Schaffung der Rechtssicherheit hinsichtlich einer konkreten materiellen Rechtslage. Der aufgrund des Aufrufs bzw. des Eintrittes der Ausschlusswirkung bestehende Rechtszustand ist nur gesichert, wenn der diese Situation feststellende Entscheid auch in materielle Rechtskraft tritt bzw. wenn widersprechende Entscheide verhindert werden. Da im Aufrufsverfahren das Interesse an der Rechtssicherheit und am Rechtsfrieden grösser ist als das Interesse an individueller Gerechtigkeit und ständiger Möglichkeit zur Fehlkorrektur, ist die materielle Rechtskraft anzuerkennen.

---

256 Vgl. § 6 IV 1.

257 Bärmann S. 158.

C. In persönlicher Hinsicht

Soweit materielle Rechtskraft im Aufrufsverfahren zu bejahen ist, kann der damit ausgestaltete Entscheid nur dann zur entsprechenden Rechtssicherheit führen, wenn die Rechtskraftwirkung in persönlicher Hinsicht nicht auf die Beteiligten[258] beschränkt bleibt, ansonsten Dritte – nicht am Verfahren Beteiligte – jederzeit in der Lage wären, den durch das Aufrufsverfahren geschaffenen Rechtszustand in Frage zu stellen. Dadurch wäre das Bedürfnis des Gesuchstellers nach endgültiger Fixierung des Entscheides gemindert und zugleich die materielle Rechtskraft verneint. Deshalb kann die materielle Rechtskraft des Entscheides nicht bloss die Beteiligten betreffen, sondern sie muss sich auf alle nichtanmeldenden Personen beziehen – falls solche überhaupt vorhanden sind –, deren Rechte und Pflichten durch die Ausschlusswirkung unmittelbar beeinflusst werden.

D. In sachlicher Hinsicht

a) Allgemein

In sachlicher Hinsicht bewirkt die Rechtskraftwirkung, dass ein neues Verfahren über denselben Verfahrensgegenstand (Rechtsbegehren und Sachverhalt) ausgeschlossen ist. Bei gleichbleibendem Sachverhalt kann der durch das Aufrufsverfahren geschaffene Rechtszustand nicht durch ein neues Rechtsbegehren in Frage gestellt werden bzw. kann die Rechtsfrage, ob und was für Ansprüche diesbezüglich allenfalls bestehen, nicht erneut geprüft werden.

b) Identität des Sachverhaltes

Die Identität zwischen dem durch den Entscheid des Aufrufsrichters beurteilten Sachverhalt und dem nunmehr geltend gemachten Sachverhalt ist dann gegeben, wenn hinsichtlich der im Zeitpunkt der ersten Entscheidung objek-

---

258 Vgl. § 5 II.

tiv vorhandenen[259] Tatsachen ein erneutes Rechtsbegehren auf Rechtsfeststellung angestrengt wird.

Die Ausdehnung der materiellen Rechtskraft auf objektiv vorhandene Tatsachen ist vor allem für ein abgeschlossenes Aufrufsverfahren von Bedeutung, könnte doch ansonsten jeder säumige Nichtanmelder mit zur Zeit des Aufrufsverfahrens zwar vorhandenen, aber nicht vorgebrachten – und somit dem Gericht auch nicht bekannten – Tatsachen die Identität aufheben bzw. die materielle Rechtskraft ausser Kraft setzen und seinerseits ein Verfahren auf Feststellung[260] eines Rechtsanspruches anstrengen.

Seitens des Gesuchstellers ist die Identität bzw. Nicht-Identität des Sachverhaltes leichter zu erfassen, ist er doch als Antragsteller gehalten, als Verfahrensvoraussetzung dem Aufrufsrichter seine den Aufruf betreffenden Tatsachen darzulegen, so dass ein erneutes Rechtsbegehren, den gleichen Sachverhalt betreffend, ohne weiteres ersichtlich und deshalb abzuweisen ist.

Die Identität zwischen dem schon "beurteilten" und geltend gemachten Sachverhalt ist allerdings dann nicht mehr gegeben, wenn sich die entscheidungserheblichen Umstände derart verändert haben, dass dadurch ein neuer und damit rechtskraftfreier Tatbestand geschaffen wurde; einem neuen Verfahren steht somit nichts mehr im Wege.

c) Identität des Rechtsbegehrens

Damit bei gleichbleibendem Sachverhalt die materielle Rechtskraft Bestand haben kann bzw. ein neues Verfahren über denselben Verfahrensgegenstand ausgeschlossen bleibt, ist des weiteren erforderlich, dass das Rechtsbegehren ebenfalls das gleiche ist; denn jede Aenderung des Rechtsbegehrens verändert die Identität.

---

259 Auch Tatsachen, die dem Aufrufsrichter nicht bekannt waren.

260 positive oder negative Feststellungsklage.

Die durch den Entscheid des Aufrufsrichters festgestellte Rechtslage bezüglich eines bestimmten Sachverhaltes kann weder Gegenstand eines erneuten Aufrufsverfahrens sein noch durch ein ähnliches bzw. gleiches Rechtsbegehren – wenn auch in einem anderen Verfahren – erneut festgestellt bzw. negiert werden. Zu denken ist dabei an die Feststellungsklage. Obwohl in einem anderen Verfahren, ist sowohl der Gesuchsteller mit einer positiven Feststellungsklage (anstelle eines neuen Aufrufsverfahrens) als auch der säumige Dritte mit einer negativen Feststellungsklage (den durch das Aufrufsverfahren geschaffenen Rechtszustand verneinend) ausgeschlossen[261,262].

Die durch das Aufrufsverfahren einmal hergestellte Rechtssituation ist im Namen der Rechtssicherheit aufrechtzuerhalten, wenn das schon einmal gestellte Rechtsbegehren in einem anderen Verfahren mittels Feststellungsklage zu gleichem Zwecke erneut gestellt wird[263]. Die verschiedenen Prozess- bzw. Verfahrensvoraussetzungen, die beim Aufrufsverfahren bzw. beim Feststellungsverfahren gegeben sein müssen, vermögen daran nichts zu ändern, dass in beiden Verfahren die Rechtsgewissheit aufgrund der Feststellung des Bestehens bzw. Nicht-Bestehens von Ansprüchen angestrebt wird. Allein massgebend ist der gleiche Verfahrensgegenstand, so dass trotz verschieden gestalteter Verfahren bei gleichem Sachverhalt und Rechtsbegehren die Identität und somit die materielle Rechtskraft vorliegt.

E. Bindungswirkung

Soll vermieden werden, dass mehrere Gerichte dieselbe Frage beurteilen und sich widersprechende Entscheide geben, genügt es nicht, dass nur das Aufrufsgericht selbst an seine Entscheidung gebunden bleibt. Es ist weiter erforderlich, dass auch andere Gerichte und Verwaltungsbehörden sich an

---

261 Vgl. mit dem Parteienverfahren, wonach der Anspruch auch dann identisch bleibt, wenn das neue Begehren bei umgekehrten Parteirollen das frühere Urteil negiert (Sträuli/Messmer § 191 N 4).

262 Vgl. Guldener S. 167 Anm. 35: "Identität besteht zwischen der positiven Feststellungsklage des Klägers und der negativen Feststellungsklage des Beklagten, sofern die letztere die Verneinung der ersten ist."

263 Auf den Wortlaut des Begehrens kommt es dabei nicht an (BGE 97 II 396).

die Entscheidung des Aufrufsrichters halten. Handelt es sich beim Aufrufsverfahren auch nicht um ein ordentliches Verfahren, so wäre es im Namen der Rechtssicherheit nicht zulässig, wenn die Entscheidung des Aufrufsrichters nur vorläufigen Charakter hätte und der Entscheid des ordentlichen Richters vorbehalten bliebe[264].

Soweit der Entscheid des Aufrufsrichters in materielle Rechtskraft erwächst, bestimmt sich der Umfang der Bindungswirkung in persönlicher und sachlicher Hinsicht nach dem Umfang der materiellen Rechtskraft, wobei die Bindung[265] eines späteren Richters bzw. einer Verwaltungsbehörde sich nur auf das Dispositiv bezieht.

Je nachdem, welche Rechtskrafttheorie[266] man dem Wesen der materiellen Rechtskraft zugrunde legt, ist die rechtskräftige Entscheidung von Amtes wegen[267] (negative Verfahrensvoraussetzungen) oder nur auf Parteiantrag[268] (Einrede) zu beachten. Dass der Entscheid des Aufrufsrichters ohne vorgängiges Parteiverfahren ergeht, rechtfertigt noch nicht die Ansicht, er sei von Amtes wegen zu berücksichtigen[269]. Der materiellen Rechtskraft wird in der Regel Genüge getan, wenn dem Gesuchsteller die Einrede der "abgeurteilten Sache" zusteht[270]. Unterbleibt die Einrede der abgeurteilten Sache, so ist es dem Richter nicht verwehrt, die Klage oder den Antrag auf ein hinreichendes Interesse hin zu überprüfen.

Voraussetzung der Bindungswirkung ist allerdings, dass der Entscheid überhaupt wirksam ist. Deshalb muss den anderen Gerichten und Behörden die Prüfung daraufhin zustehen, ob der Entscheid des Aufrufsrichters nicht wegen krasser Fehler (absolut) nichtig sei[271]. Davon ist die blosse Anfecht-

---

264 Vgl. Guldener S. 486.

265 Die Bindung besteht auch dann, wenn der Entscheid des Aufrufsrichters in einem späteren Verfahren nur vorfrageweise herangezogen wird.

266 Materiellrechtliche oder prozessuale (Guldener S. 325 f.).

267 Lehre von der "absoluten" Rechtskraft (Balmer S. 438 f.).

268 Lehre von der "dispositiven" Rechtskraft (Balmer a.a.O.).

269 Kummer, Klagerecht, S. 65.

270 Voyame S. 175.

271 Von den nichtigen sind die Nicht-Entscheidungen zu unterscheiden (Bärmann S. 166).

barkeit zu unterscheiden, die, falls überhaupt vorhanden, die Bindungswirkung nicht zu beeinträchtigen vermag. Die Sicherheit des Rechtsverkehrs basiert auf der Vermutung, dass der in einem gerichtlichen Verfahren ergangene Entscheid wirksam sei. Deshalb tritt die Nichtigkeit nicht von selbst ein, sondern sie ist durch eine Nichtigkeitsklage bzw. Beschwerde geltend zu machen. Da der betroffene Dritte mit Ablauf der Aufrufsfrist seine Eingabemöglichkeit verwirkt hat, die Abänderungsbefugnis des Aufrufsrichters mit der Mitteilung an den Gesuchsteller wegfällt und der Entscheid damit in materielle Rechtskraft erwächst, kann man sich fragen, ob trotz konsolidierter Rechtslage ein Bedürfnis besteht, als Folge eines Mangels die Nichtigkeit des Entscheides anzuerkennen[272].

Im allgemeinen lässt sich aus den Gesetzen nicht entnehmen, welche Mängel Nichtigkeit zur Folge haben, so dass auf den Einzelfall abzustellen ist[273]. Kriterium ist dabei die Rechtssicherheit, die es verbietet, an jeden Mangel Nichtigkeit zu knüpfen. Da gerade das Aufrufsverfahren darauf aus ist, nicht nur eine für den Gesuchsteller gewisse Rechtslage zu schaffen, sondern durch den öffentlichen Aufruf auch allfälligen Berechtigten die Möglichkeit gibt, durch ihr Verhalten (Anmeldung bzw. Nichtanmeldung) auf den Rechtszustand einzuwirken, muss der Entscheid des Aufrufsrichters auf jeden Fall – trotz allfälligen Nichtvorhandenseins rechtlicher Voraussetzungen[274] – aufrechterhalten werden, gleichgültig, ob säumige Nichtanmelder (Betroffene, Berechtigte) tatäschlich vorhanden sind oder nicht, hat doch das Aufrufsverfahren allein den Zweck, Rechtssicherheit zu schaffen[275].

---

272 "Die Rechtskraft deckt den Fehler, welcher der Entscheidung noch etwa anhaften sollte, grundsätzlich zu" (Habscheid S. 144).

273 Die Tendenz geht im allgemeinen dahin, die Nichtigkeitsgründe auf besonders schwerwiegende Fälle zu beschränken.

274 Vgl. Guldener S. 227: "Die Verbindlichkeit eines Urteils kann daher nicht davon abhängig gemacht werden, dass es seinem Zustandekommen und Inhalt nach dem objektiven Recht entspricht."

275 "Eine Abänderung der rechtskräftig gewordenen Entscheidung kann nur in engen Grenzen zugelassen werden. Zum zweiten ist vom Grundsatz auszugehen, dass fehlerhafte Entscheidungen in der freiwilligen Gerichtsbarkeit wirksam sind. Nichtigkeit ist also die seltene Ausnahme. Dies verlangt die Rechtsfriedensidee, verlangt aber auch die Autorität des gerichtlichen Erkenntnisses" Habscheid S. 144).

F. Fazit

Tritt nach Fristablauf die Ausschlusswirkung ein und hat der Aufrufsrichter, gestützt darauf, den Entscheid gefällt, kommt diesem die volle Wirkung der materiellen Rechtskraft erst zu, wenn er dem Gesuchsteller mitgeteilt wurde. Erst ab diesem Zeitpunkt kann der Gesuchsteller den aufgrund von Nichtanmeldungen ergangenen und seine Rechtslage endgültig feststellenden Entscheid allfälligen Drittansprechern entgegenhalten, da bis zu diesem Moment die Rechtsunsicherheit weiterhin bestand.

Dem den gleichen Verfahrensgegenstand betreffenden Rechtsbegehren vermag sich der Gesuchsteller zu widersetzen, indem er sich auf dessen Identität mit dem das Aufrufsverfahren einleitenden Gesuch beruft.

Da es sich beim Aufrufsverfahren um kein Parteienverfahren handelt, ist es unvermeidlich, dass die daraus sich ergebenden Rechtswirkungen für die Betroffenen zu einem unterschiedlichen Zeitpunkt eintreten:

- der angedrohte Rechtsnachteil zum Nachteil allfälliger Nichtanmelder "ipso iure" nach Ablauf der Aufrufsfrist;
- die materielle Rechtskraft der die Nichtanmeldung feststellenden Verfügung mit Mitteilung an den Gesuchsteller.

§ 7 RECHTSMITTEL

I. Kantonale Rechtsmittel

Das kantonale Rechtsmittel der Berufung, womit der Gesuchsteller gegen die Abweisung eines Gesuches um Erlass eines öffentlichen Aufrufes vorgehen kann, sehen Appenzall-I.-Rh.[276], Appenzell-A.-Rh.[277] und St. Gallen[278] vor.

Aargau gibt einerseits dem nicht rechtzeitigen Anmeldenden die Möglichkeit, Wiederherstellung[279] zu verlangen und gegen die Ablehnung der Wiederherstellung Beschwerde einzureichen[280]. Andererseits kann der Gesuchsteller gegen die Gestattung der Wiederherstellung mit der Beschwerde vorgehen[281].

Die anderen kantonalen Zivilprozessordnungen[282] stellen weder durch einen Verweis auf die Vorschriften des ordentlichen Prozessverfahrens noch durch ausdrückliche Bezeichnung ein kantonales ordentliches bzw. ausserordentliches Rechtsmittel zur Verfügung.

II. Der Weiterzug an das Bundesgericht

1. Berufung

Die Berufung an das Bundesgericht ist grundsätzlich unzulässig, da es sich beim Aufrufsverfahren der Natur[283] nach nicht um eine Zivilstreitigkeit bzw.

---

276 ZPO 235 Abs. 1.

277 ZPO 261.

278 ZPO 402 Abs. 1.

279 ZPO 293.

280 ZPO 295.

281 ZPO 295.

282 Wallis, Nidwalden und Luzern.

283 "Die Zulässigkeit der Berufung hängt davon ab, ob die Sache ihrer Natur nach eher als Angelegenheit der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit erscheint" (Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 89).

um ein kontradiktorisches Verfahren handelt. Kommt die Berufung an das Bundesgericht schon mangels eines Verfahrens zwischen zwei oder mehreren Parteien nicht in Frage[284], erübrigt sich die Prüfung des Vorhandenseins der weiteren Voraussetzungen[285].

2. Nichtigkeitsbeschwerde

Da die Berufung unzulässig ist, kann gegen den Entscheid des Aufrufsrichters gemäss OC 68 ff. grundsätzlich Nichtigkeitsbeschwerde ans Bundesgericht eingereicht werden[286].

Eine Nichtigkeitsbeschwerde ist z. B. denkbar, wenn das Aufrufsverfahren zu einem mit dem Bundesrecht im Widerspruch stehenden Resultat führt[287] oder Normen des Bundesrechts über die Zuständigkeit verletzt worden sind[288].

3. Fazit

Man kann sich nun grundsätzlich fragen, ob es mit der Rechtsstellung der am Aufrufsverfahren Beteiligten und mit dem Wesen des Aufrufsverfahrens überhaupt vereinbar ist, Rechtsmittel zur Verfügung zu stellen. Wer zur Ergreifung von Rechtsmitteln befugt ist, ist eine Frage der Legitimation. Es kann daher ein Rechtsmittel des Gesuchstellers nur geschützt werden, wenn er nicht nur zur Verfahrenseinleitung[289], sondern auch zur Sache

---

284 OG 44, 46. Vgl. BGE 98 II 170.

285 OG 43 (Verletzung von Bundesrecht), OG 48 (Endentscheid) usw.

286 Die Anmeldungen bzw. Nichtanmeldungen feststellende Verfügung ist insofern letztinstanzlich, als dagegen ohne Ausnahme kein kantonales Rechtsmittel vorgesehen ist und der Aufrufsrichter somit als einzige und letzte Instanz entscheidet.

287 In diesem Fall liegt Anwendung von kantonalem statt eidgenössischem Recht vor (OG 68 lit. b).

288 OG 68 lit. b.

289 Vorliegen der Verfahrensvoraussetzungen.

selbst legitimiert[290] ist. Da aber gerade die Ungewissheit über die Sachlegitimation das Aufrufsverfahren hervorruft und durch dieses Verfahren die Sachlegitimation endgültig festgestellt werden soll, ist der Gesuchsteller nicht berechtigt, als "Sachlegitimierter" vor Beendigung des Aufrufsverfahrens ein Rechtsmittel gegen die Abweisung des Gesuches zu ergreifen. Ist der Gesuchsteller nicht zur Sache legitimiert, kann er auch nicht als "betroffene" Person gelten, der die Rechtsmittel allgemein zur Verfügung stehen; denn durch die Abweisung des Gesuches um Erlass eines Aufrufes ist der Gesuchsteller nicht Betroffener in dem Sinne, dass dadurch privatrechtliche Rechte und Pflichten begründet würden bzw. derart in seine Rechtslage eingegriffen würde, was die Zulässigkeit eines Rechtsmittels im allgemeinen rechtfertigen würde. Durch den Entscheid wird bloss festgestellt, dass die Verfahrensvoraussetzungen nicht vorhanden sind, was dem Gesuchsteller somit gestattet, bei deren Vorhandensein jederzeit ein neues Gesuch zu stellen. Somit entfällt jede Notwendigkeit und Rechtfertigung der Zulässigkeit eines Rechtsmittels, welchen Standpunkt auch diejenigen Zivilprozessordnungen einnehmen, die gegen die Abweisung des Gesuches um Erlass eines Aufrufes kein Rechtsmittel vorsehen[291].

Steht grundsätzlich auch allen Personen, die nicht aktiv am Verfahren teilgenommen haben und trotzdem durch rechtsgestaltende oder feststellende Verfügungen durch die Amtshandlungen in ihren subjektiven Rechten verletzt wurden, ein Rechtsmittel[292] zu, kann dies für das Aufrufsverfahren nicht gelten.

Während in den übrigen Verfahren, in denen der Gesuchsteller als einziger Aktiv-Beteiligter auftritt, die am Verfahren Nicht-Beteiligten bekannt sind, fehlt es im Aufrufsverfahren an der Kenntnis allfällig Betroffener. Ist es aber gerade die Aufgabe des Aufrufsverfahrens, diese Ungewissheit durch einen öffentlichen Aufruf zur Anmeldung von Rechten zu beseitigen, indem nach Ablauf der Aufrufsfrist ein Entscheid gefällt wird, der die Rechtslage

---

290 D.h. wenn die Person nach Massgabe des materiellen Rechtes die wirklich Berechtigte bzw. die wirklich in ihren Rechten geschädigte ist.

291 Nidwalden, Wallis und Luzern.

292 Vgl. Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 4, 68, 81.

in diesem Zeitpunkt festhält und für definitiv erklärt, kann im Namen der Rechtssicherheit diese nicht – entgegen dem Zweck des Aufrufsverfahrens – durch ein Rechtsmittel erneut in Frage gestellt werden. Im Unterschied zu den Verfahren, wo trotz Kenntnis der Betroffenen ohne ihre Teilnahme am Verfahren ein Entscheid getroffen wird und ihnen deshalb zu Recht ein Rechtsmittel zusteht, bezweckt das Aufrufsverfahren durch den öffentlichen Aufruf gerade die Aufhebung des Einparteienverfahrens und die Ueberführung in ein Zweiparteienverfahren, falls die Interessen des Anmeldenden denjenigen des Gesuchstellers entgegenstehen. Während in den übrigen Einparteienverfahren die bekannten Betroffenen im vornherein vom Verfahren ausgeschlossen sind, will das Aufrufsverfahren eventuell Berechtigte ausfindig machen, damit mit ihrer Teilnahme die vom Gesuchsteller behauptete Rechtsunsicherheit beseitigt werden kann. Nutzen sie nicht innert Aufrufsfrist die Möglichkeit, allfällige Anmeldungen zu erheben, muss angenommen werden, dass mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keine dem Gesuchsteller entgegenstehende Interessen vorhanden sind. Den im Anschluss an den Ablauf der Frist gefällten Entscheid müssen deshalb allfällige Dritte gegen sich gelten lassen, ohne dass sie dagegen mit einem Rechtsmittel vorgehen können.

Die Dauer der Aufrufsfrist berücksichtigt in allen Fällen angemessen bereits die Umstände, so dass nach Ablauf der Frist weder Anmeldungen aus bestimmten Gründen[293] noch Rechtsmittel[294] gegen den Entscheid zu rechtfertigen sind; dasselbe gilt für für das Rechtsmittel gegen das Urteil über die Ablehnung der Wiederherstellung[295].

---

293 Wallis ZPO 358.

294 Aargau ZPO 293.

295 Aargau 295.

III. Aufsichtsbeschwerde

Kein eigentliches Rechtsmittel[296] ist die an die den Gerichten bzw. Gerichtsbehörden übergeordnete Aufsichtsbehörde zu richtende Aufsichtsbeschwerde, mit welcher

- die Verweigerung und Verzögerung der Rechtspflege,
- die ungebührliche Behandlung von Beteiligten bei Vornahme richterlicher Amtshandlungen,
- der Missbrauch der richterlichen Amtsgewalt

gerügt werden kann.

Da sich die Aufsichtsbeschwerde gegen die Amtsführung des Richters wendet, kann sie auch ergriffen werden, wenn kein förmlicher Entscheid des Richters ergangen ist. Weil jedes Verhalten, das den richterlichen Amtspflichten widerspricht, mit der Beschwerde gerügt werden kann[297], ist sie auch auf jene Tatbestände anwendbar, die das Gesetz nicht ausdrücklich vorsieht. Die Aufsichtsbeschwerde kann in der Regel jederzeit und von jedermann erhoben werden.

Wie die übrigen Bestimmungen der Zivilprozessordnung auf das Aufrufsverfahren analog anzuwenden sind, sofern sich nicht aus dem Wesen dieses Verfahrens oder aufgrund ausdrücklicher Bestimmungen etwas anderes ergibt, kommen die Vorschriften über die Aufsichtsbeschwerde auch im Aufrufsverfahren zur Anwendung. Dabei kann es keine Rolle spielen, dass es sich beim Aufrufsverfahren nicht um ein Parteienverfahren handelt. Ein Gesuchsteller bzw. Anmelder bzw. säumiger Nichtanmelder ist von einer Amtspflichtverletzung eines Organes der Rechtspflege ebenso betroffen wie eine Partei im Prozess. Die Zulässigkeit der Aufsichtsbeschwerde ist umso eher gerechtfertigt, als aufgrund der fehlenden Kontrolle durch die Parteien wie im Prozess der Aufrufsrichter eher Gefahr läuft, seine Amtspflicht zu verletzen.

---

296 Die Aufsichtsbeschwerde kann in denjenigen Fällen die Bedeutung eines subsidiären Rechtsmittels erhalten, wo kein anderes Rechtsmittel zur Verfügung steht. Vgl. Luzern ZPO 282 a mit 340 ff.

297 Sofern nicht ein Rechtsmittel zur Verfügung steht. Vgl. St. Gallen ZPO 450 Abs. 2, Appenzell-I.-Rh. ZPO 296, Appenzell-A.-Rh. ZPO 292.

Bei der Befürwortung der Aufsichtsbeschwerde auch im Aufrufsverfahren ist festzuhalten, dass es sich keinesfalls um einen Rechtsmittelersatz handelt, mit dem am Entscheid des Aufrufsrichters irgend etwas geändert werden könnte. Die Beschwerde richtet sich allein gegen die Amtsführung des Richters, so dass z. B. ein säumiger Anmelder nicht darauf spekulieren kann, dadurch seine Anmeldungen nachzuholen und einen neuen Entscheid zu erreichen. Das geht auch daraus hervor, dass bei begründeter Beschwerde in der Regel nur eine Disziplinarstrafe bzw. Busse[298] gegen den fehlbaren Justizbeamten ausgesprochen wird und nur in den seltensten Fällen der Entscheid selbst betroffen ist bzw. aufgehoben wird. Für das Aufrufsverfahren wäre das umso weniger gerechtfertigt, weil dadurch die dem Einzelinteresse vorgehende Rechtssicherheit erneut gefährdet wäre. Berücksichtigt man bei einer begründeten Beschwerde Wesen und Zweck des Aufrufsverfahrens, kann nichts im Wege stehen, zur Förderung einer geordneten Amtsführung auch im Aufrufsverfahren den Beteiligten die Aufsichtsbeschwerde zur Verfügung zu stellen[299].

---

298 Appenzell-A.-Rh. ZPO 293 Abs. 2, Luzern ZPO 285 Abs. 2, St. Gallen ZPO 454, Wallis ZPO 298, Appenzell-I.-Rh. ZPO 298 Abs. 2.

299 Appenzell-A.-Rh. ZPO 292 ff., Appenzell-I.-Rh. ZPO 296 ff., Luzern ZPO 282 ff., St. Gallen ZPO 54 ff., Wallis ZPO 295 ff.

§ 8 WESEN DES AUFRUFSVERFAHRENS

I. Freiwillige oder streitige Gerichtsbarkeit

1. Grundsätzliches

Dadurch, dass das Aufrufsverfahren zusammen mit dem ordentlichen (streitigen) Verfahren in der Zivilprozessordnung geregelt wird[300], kommt der Unterscheidung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit keine praktische Bedeutung zu. Aber durch die aufgrund der Ausschlusswirkung eintretende Annäherung des Aufrufsverfahrens an das zivilprozessuale Urteilsverfahren einerseits und die bei Anmeldungen vorläufige, mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit verwandte, blosse Feststellung des Bestandes von angemeldeten Rechten andererseits verlangt eine eindeutige Bestimmung des Aufrufsverfahrens.

Der Unterschied zwischen der streitigen und freiwilligen Gerichtsbarkeit ist nicht zu verwechseln mit dem Begriff der "Zulässigkeit des Rechtsweges" und dem Begriff der "sachlichen Zuständigkeit"[301], handelt es sich doch hier um die Aufspaltung der ordentlichen Gerichtsbarkeit, die durch verschiedene Zwecksetzung und entsprechend verschiedene Verfahren gekennzeichnet ist.

Abgesehen von der Doppelwirkung des Aufrufsverfahrens bzw. der Verfügung des Aufrufsrichters[302] ist die Zuordnung dieses Instituts insofern erschwert, als die Kantone mit Aufrufsverfahren nicht ausdrücklich auf die Unterscheidung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit hinweisen. Aber auch für den Fall, dass das Aufrufsverfahren unter dem Titel

---

300 Auch im deutschen Recht wird das "Aufgebotsverfahren" im Zivilprozessrecht geregelt (§§ 946-1024), obwohl es zur freiwilligen Gerichtsbarkeit zu zählen ist und dafür ein eigenes Gesetz besteht (FG).

301 Vgl. § 4 II 3.

302 Bei Anmeldung von Ansprüchen: Feststellung der Anmeldung, ohne rechtliche Würdigung der angemeldeten Rechte. Bei Nichtanmeldung von Ansprüchen: Eintritt des angedrohten Rechtsnachteils (in der Regel: Verlust der Ansprüche).

eines dieser Verfahren (freiwillige oder streitige Gerichtsbarkeit) ausdrücklich geregelt wäre, wäre hiermit noch nichts ausgesagt über das Wesen der freiwilligen und der streitigen Gerichtsbarkeit an sich bzw. über die Wesensverwandtschaft des Aufrufsverfahrens mit einer dieser Gerichtsbarkeiten.

Da kein eigenes Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit besteht[303] bzw. es an einer Legaldefinition des Bundes sowohl der Zivilrechtsstreitigkeiten als auch der nichtstreitigen Angelegenheit fehlt, kann eine Abgrenzung nur gestützt auf begriffliche[304] Kriterien und nicht anhand positiv-rechtlicher[305] Regelungen vorgenommen werden. Aufgrund der durch die vergleichsweise Untersuchung gewonnenen Abgrenzungskriterien lässt sich das Aufrufsverfahren subsumierend entweder der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit zuordnen.

Trotz teils ausdrücklich getroffener Unterscheidung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit[306] wurde nur ausnahmsweise in der kantonalen Gesetzgebung versucht, den Begriff der freiwilligen Gerichtsbarkeit näher zu bestimmen. Schaffhausen[307] umschreibt in ZPO 312 das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen wie folgt: "Das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen umfasst das Verfahren der Gerichte bei Begründung, Aenderung oder Aufhebung von Privatrechten oder zur Erhebung und Feststellung eines Sachverhaltes auf einseitigen Antrag".

---

303 Vgl. Anm. 300.

304 Dabei sind die Begriffe der Zivilrechtsstreitigkeit und des Aktes der freiwilligen Gerichtsbarkeit solche des eidgenössischen Rechtes, weshalb auch die Grenzziehung zwischen ihnen ohne Rücksicht auf irgend welche Vorschriften des kantonalen Prozessrechtes anhand der allgemeinen Grundsätze über die beiden Institute zu treffen ist" (BGE 70 II 165 ff.). Holenstein S. 58.

305 Vgl. Deutschland FG 1 Abs. 1: "Eine Angelegenheit ist nur dann, aber auch immer dann dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterworfen, wenn das Gesetz dies ausdrücklich anordnet." Habscheid S. 18.

306 Soweit der Bund die kantonale Autonomie in der zivilrechtlichen Verfahrensgesetzgebung nicht einschränkt, können die Kantone Angelegenheiten, die nach materiellem Recht einer gerichtlichen Erledigung bedürfen, dem streitigen oder nichtstreitigen Verfahren zuweisen.

307 ZPO 312.

Diese Begriffsbestimmung ist insofern ungenau, als auch das streitige Verfahren Entscheidungen kennt, die einen Sachverhalt feststellen[308] oder unmittelbar gestaltend in privatrechtliche Beziehungen eingreifen (Gestaltungsurteile). Gelangt einerseits auch das streitige Verfahren auf einseitigen Antrag zur Durchführung[309], nämlich auf die Klage des Klägers hin, die ohne Mitwirkung des Beklagten erhoben werden kann, können andererseits Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch von Amtes wegen ergehen. Versteht man unter der streitigen Gerichtsbarkeit die Rechtsanwendung durch die Gerichte im Zweiparteienverfahren[310], ist dieses Verfahren auch denkbar, ohne dass sich die beteiligten Parteien im Widerstreit befinden[311]. Da "Streit" lediglich bedeutet, dass der Gegner berechtigt ist, seine Interessen wahrzunehmen und in diesem Sinne ein Gegensatz zur freiwilligen Gerichtsbarkeit festzuhalten ist, ist von der Bezeichnung allein keine Unterscheidung zu treffen: auch im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist Streit und urteilsmässige Erledigung möglich[312]. Erschwert wird die Unterscheidung ferner dadurch, dass Angelegenheiten, die im Zweiparteienverfahren zu erledigen wären, der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen werden und umgekehrt[313].

Obwohl auch von der Begriffsbestimmung her infolge dieser Ueberschneidungen eine scharfe Abgrenzung zwischen freiwilliger und streitiger Gerichts-

---

308 Entscheidungen über Klagen auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde.

309 Ist einseitige Antragstellung möglich, liegt deshalb noch nicht ohne weiteres eine Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor.

310 Vgl. 98 II 171 ff.

311 "Nicht die Behauptung eines Rechtsanspruches und die entsprechende Bestreitung einer Rechtspflicht sind die Voraussetzungen, welche das streitige Verfahren bedingen. Damit Recht gesprochen werden kann, muss in concreto nicht ein Streit der Meinungen vorliegen. Der streitigen Gerichtsbarkeit eigentümlich ist der Zwang, den die eine Partei gegen die andere anstreben kann, um in den Genuss eines subjektiven Rechtes zu kommen" (Wettstein S. 33). – Auch im Zivilprozess gibt es Entscheidungen ohne Streit (Habscheid S. 24).

312 Rechtsstreit ist immer Rechtsprechung, Rechtsprechung aber nicht immer Rechtsstreit.

313 Guldener, Freiwillige Gerichtsbarkeit, S. 6. Holenstein S. 61.

barkeit nicht möglich ist[314], lassen sich beide Verfahren, auf die wesentlichen Punkte beschränkt, wie folgt auseinanderhalten: Während selbst durch die streitige Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Angelegenheiten zwischen zwei Parteien[315] Recht gesprochen wird[316], besteht die freiwillige Gerichtsbarkeit in einem obrigkeitlichen Verfahren – Verwaltungstätigkeit der Zivilgerichte oder anderweitiger Behörden[317] – zur Rechtsverwirklichung bzw. Rechtsanwendung[318] auf dem Gebiete des Privatrechtes, wobei sich zwei Parteien gegenüberstehen können, aber nicht müssen. Anstelle der Verhandlungsmaxime ("damus facta, dabo tibi ius") hat der Richter von Amtes wegen die Wahrheit zu erforschen (Untersuchungsmaxime). Erwächst im Zivilprozess jedes Urteil in materielle Rechtskraft, ist dies im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Ausnahme. Die Zwangsvollstreckung spielt in der freiwilligen Gerichtsbarkeit insofern eine untergeordnete Rolle, als hier die Rechtsgestaltung (bzw. Feststellung) überwiegt. Was das Verhältnis zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit anbetrifft, gilt, dass die Organe der beiden Gerichtsbarkeiten grundsätzlich voneinander unabhängig sind.

2. Aufrufsverfahren

Aufgrund dieser wichtigsten Abgrenzungskriterien lässt sich das Aufrufsverfahren wie folgt zuordnen:

---

314 "Aufgabe beider ist es, die Privatrechtsordnung in bezug auf konkrete Tatbestände zu verwirklichen" (Holenstein S. 59). – Beiden liegt ein privatrechtlicher Gegenstand zugrunde (Wettstein S. 27).

315 Wettstein S. 32: "Das streitige Verfahren kennt einen klar umrissenen Parteibegriff; im wesentlichen haben die am Verfahren Beteiligten die Stellung eines Klägers oder eines Beklagten."

316 Holenstein S. 57. Rechtsprechung heisst, "die das Verfahren betreibende Partei muss auf die Verwirklichung eines feststellungs- oder befriedigungsbedürftigen Rechtes abzielen" (Wettstein S. 31).

317 Da kein Konflikt sich widerstrebender Interessen vorliegt, ist die Bezeichnung "Gerichtsbarkeit" irreführend.

318 Es wird nicht zwischen Kläger und Beklagten entschieden, was rechtens ist.

- Obwohl auch im Verwaltungsverfahren der rechtsanwendenden Behörde nur ein Beteiligter gegenübersteht[319], geht es im Aufrufsverfahren materiell nicht darum, öffentlich-rechtliche Angelegenheiten zu regeln, sondern es handelt sich stets um die Verwirklichung der Rechtsordnung in bezug auf ein konkretes Privatrechtsverhältnis, bei dem jedoch kein Konflikt zweier sich widerstrebender Interessen vorliegt oder der wenigstens nicht essentiell ist.

- Mangels Einbeziehung zweier Parteien geht es nicht um einen Zivilprozess bzw. nicht um Rechtssprechung, die darin besteht, dass im Zweiparteienverfahren auf Beziehungen mehrerer Personen die Rechtsnormen durch das Gericht angewandt werden, sondern um Rechtsbefolgung[320] bzw. Rechtsfürsorge[321]. Als aktiv Beteiligter gilt nur der Antragsteller, der aufgrund seines nachgewiesenen Interesses das Verfahren einleitet. Der öffentliche Aufruf an die Betroffenen, ihre Interessen wahrzunehmen, ändert insofern an der Rechtsnatur des Aufrufsverfahrens als freiwillige Gerichtsbarkeit nichts, als im Aufrufsverfahren selbst keine Entscheidung nach dem Zweiparteienprinzip ergeht[322]. Das Aufrufsverfahren wird dadurch beendet, dass der Aufrufsrichter in einer Verfügung die Anmeldung bzw. Nichtanmeldung von Ansprüchen festhält. Im Falle der Anmeldung wird nicht im Aufrufsverfahren, sondern – mangels gütlicher Einigung – im ordentlichen Verfahren über die bessere Berechtigung entschieden. Im Falle der Nichtanmeldung tritt die materielle Wirkung in Form des im Aufruf angedrohten Rechtsnachteils ein.

Aufgrund dieser begrifflichen Kriterien ist das Aufrufsverfahren seinem Wesen nach der freiwilligen Gerichtsbarkeit als zugehörig zu betrachten[323],

---

319 Guldener S. 41.

320 Behördliches Wahrnehmen von Rechten.

321 Zum Schutz der Interessen des Gesuchstellers und zum Schutze des Rechtsverkehrs.

322 Fischer, S. 321: "Das Aufgebotsverfahren ist also ein wahres Feststellungsverfahren. Da aber die Feststellung ... auf der rein förmlichen Grundlage der Nichtanmeldung (Verschweigung) ohne mündliche Streitverhandlung erfolgt, so handelt es sich nicht um einen Rechtsstreit."

323 Vgl. § 8 I. 1.

ohne positiv-rechtlich (ausdrücklich) als solches bezeichnet bzw. unter dem Titel der freiwilligen Gerichtsbarkeit geordnet zu werden. Indem die Kantone im Rahmen ihrer Verfahrensgesetzgebung Aufrufsverfahren vorsehen, in welchen auf einseitigen Antrag hin Aufrufe erlassen werden können, treffen sie eine Unterscheidung zwischen streitiger und freiwilliger Gerichtsbarkeit bzw. anerkennen sie das Institut der freiwilligen Gerichtsbarkeit neben der streitigen Gerichtsbarkeit. Die Unterscheidung mag insofern von geringer Bedeutung sein, als beide Institute auf die Verwirklichung der Privatrechtsordnung abzielen und in der Zivilprozessordnung geregelt sind. Da das Aufrufsverfahren nicht umfassend durch geschriebenes Recht geregelt ist, kommen – vorbehältlich ausdrücklicher Sondernormen – die allgemeinen Grundsätze bzw. Verfahrensvorschriften der streitigen Gerichtsbarkeit analog zur Anwendung.

II. Sonderverfahren

Vorbehalten bleiben besondere Verfahrensvorschriften insofern, als das Aufrufsverfahren – bedingt durch die besondere Zweckbestimmung – als Sonderverfahren[324] bezeichnet wird. Die Ausserordentlichkeit bzw. die Besonderheit kommt vor allem dann zur Geltung, wenn innert Frist keine Anmeldungen erfolgt sind und anschliessend durch eine richterliche Verfügung – ohne materiellrechtliche Verfügung des Tatbestandes – die Nichtanmeldung bzw. der Untergang des anzumeldenden privatrechtlichen Anspruches festgestellt wird. Durch die Gewährung eines Rechtsschutzanspruches ohne korrespondierenden Privatrechtsanspruch unterscheidet sich das Aufrufsverfahren grundsätzlich vom ordentlichen Verfahren, weshalb es als besonderes "Rechtsschutzmittel" unter den besonderen Verfahren geregelt ist.

---

324 Vgl. Anm. 97-102.

§ 9 BUNDESRECHTMAESSIGKEIT

I. Grundsätzliches

Grundsätzlich liegt die Gesetzgebungshoheit über das Privatrecht beim Bund, während den Kantonen unter Vorbehalt der Bundesgerichtsbarkeit[325] die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtssprechung zusteht[326].

Damit das Privatrecht verwirklicht werden kann, bedarf es eines Zusammenwirkens von Privatrecht und Zivilprozessrecht in dem Sinne, dass sie ein harmonisches Ganzes[327] bilden. Dabei geht das Bundesprivatrecht dem kantonalen Prozessrecht vor, da keine prozessuale Bestimmung Bestand haben kann, welche mit der Privatrechtsordnung im Widerspruch steht. Da das Zivilprozessrecht der Rechtsverwirklichung des materiellen Rechtes zu dienen hat, ist die einheitliche Rechtsanwendung nur gewährleistet, wenn dem Bund auch die Befugnis zusteht, prozessuale Normen und Grundsätze in die Privatrechtsordnung aufzunehmen, die von den kantonalen Gerichten bei Anw endung des Bundesprivatrechtes zu beobachten sind. So hat die Bundesverfassung die Kantone durch Aufstellung einzelner allgemeiner Grundsätze[328] in der freien Ausübung ihrer Justizhoheit beschränkt; ferner wurden vom Bund u.a. im Privatrecht zivilprozessrechtliche Vorschriften[329] aufgestellt, die dem kantonalen Prozessrecht derogieren.

Die gegenseitige Kompetenzüberschreitung[330] vorbehalten, ist die Abgrenzung zwischen Bundesprivatrecht und kantonalem Prozessrecht wie folgt

---

325 In zivilrechtlichen Streitigkeiten: BV 110.

326 BV 64 Abs. 3.

327 Die kantonalen Zivilgerichte haben die Rechtssätze des Bundesprivatrechtes von Amtes wegen zur Anwendung zu bringen (Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, S. 14).

328 Z.B. BV 59, 61. VG 1. Guldener S. 57 ff.

329 Vor allem Gerichtsstandsvorschriften (vgl. Guldener S. 60 ff.).

330 Sofern das Bundesprivatrecht eine bestimmte Ausgestaltung des Verfahrens vor den kantonalen Gerichten fordert; sofern es prozessuale Bestimmungen gibt, die sich gestaltend auf privatrechtliche Beziehungen auswirken.

vorzunehmen: Das Bundesrecht befindet darüber, ob Rechtsschutz zu gewähren sei, während das kantonale Prozessrecht die Form des Rechtsschutzes bestimmt.

Die vom Bundesprivatrecht aufgestellten Rechtssätze über Entstehung, Untergang und Inhalt subjektiver Rechte haben nur dann wirkliche Bedeutung, wenn ihnen Rechtsschutz in dem Sinne gewährt wird, dass nötigenfalls Gerichte oder andere rechtssprechende Behörden über die Frage ihres Bestandes und Inhaltes entscheiden. Aus dem Bundesrecht folgt, dass für alle Ansprüche, die aus dem Bundesprivatrecht hergeleitet werden, der Rechtsschutz zu bieten ist. Auf dem Gebiete des Privatrechtes hat das Bundesrecht zu entscheiden, ob ein Anspruch auf Rechtsschutz besteht. Sofern es angezeigt ist, ein Rechtsschutzbedürfnis zu befriedigen, ist dem Folge zu leisten. Dabei kann es nicht darauf ankommen, einem Beklagten ein Tun oder Lassen zu befehlen in dem Sinne, dass der Rechtsschutz nur auf bestehende Rechte gerichtet ist und daher nur dem Kläger zuteil wird, der mit Erfolg ein Recht eingeklagt hat. Der Rechtsschutz besteht auch in der gerichtlichen Klarstellung eines ungewissen Rechtszustandes.

In diesem Sinne hat das Bundesgericht in BGE 77 II 344 eine frühere Praxis[331] wieder aufgenommen und das Bestehen eines "Anspruches auf Feststellung" – auch ohne spezielle Erwähnung in den Gesetzen – im ganzen Bereich des Bundesprivatrechtes anerkannt, wo dies zur Durchsetzung des materiellen Bundesprivatrechts erforderlich ist[332]. Das Bundesgericht ist der Ansicht, das materielle Recht bedürfe zu seinem Schutz nicht nur der Verurteilungsklage, sondern auch der Feststellungsklage. In diesem Sinne kennt die Rechtssprechung[333] "bei Gefährdung von Ansprüchen des Bundeszivilrechtes einen materiellen und damit bundesrechtlichen Anspruch auf (positive oder negative) Feststellung und knüpft ihn an die Voraussetzung eines hinreichenden Interesses an sofortiger Feststellung, d.h. an urteilsmässiger Abklärung". Ob Rechtsschutz nur gegen Verletzung (Verurteilungs-

331 BGE 42 II 696.

332 Vgl. 79 II 394, 82 II 319, 84 III 19.

333 BGE 83 II 197.

klage) zu gewähren sei, ist eine Frage des eidgenössischen Rechtes (materiellen Rechtes). Sie ist zu bejahen, denn Recht ohne Schutz gegen Gefährdung ist nach heutiger Auffassung unvollkommenes Recht[334].

II. Aufrufsverfahren

1. Rechtsschutzgewährung ohne Parteiverfahren

Ist allgemein ein Rechtsschutzanspruch für alle aus dem Bundesprivatrecht abzuleitenden Ansprüche anerkannt, sofern ein hinreichendes Interesse vorhanden ist, ist zu untersuchen, ob das Aufrufsverfahren in diesem Sinne überhaupt zulässig ist bzw. sich mit dem Bundesrecht verträgt und wieweit die Kantone in der Ausgestaltung dieses Verfahrens allenfalls gehen können.

Ist es eine Frage des Bundesrechtes, inwiefern ein Anspruch auf Feststellung von Bestand oder Nichtbestand von Rechten und Rechtsverhältnissen besteht, ist es eine Frage des kantonalen Prozessrechtes, ob im Falle eines Feststellungsbedürfnisses dieses auf dem Wege des Aufrufsverfahrens befriedigt werden soll.

Da das Bundesrecht Grundsätze kennt, wonach bei Vorliegen eines hinreichenden Feststellungsbedürfnisses das kantonale Prozessrecht zur Gewährung des Rechtsschutzes die Klageprovokation einführen kann[335], so muss dies auch für das Aufrufsverfahren gelten. Gleich der Provokation zur Klage dient das Aufrufsverfahren der Beseitigung der ungewissen Rechtslage, mit dem Unterschied, dass unbekannte Dritte zur Anmeldung von Rechten und nicht bestimmte Personen zur Klageeinleitung aufgerufen werden. Wie zwischen Provokant und Provokat kommt es zwischen Gesuchsteller und Anmelder (im Streitfalle) zur gerichtlichen Auseinandersetzung. Ansonsten tritt in beiden Fällen der Verlust des dem Provokanten bzw. dem Gesuchsteller

---

334 SJZ 36 S. 293.

335 "Klageprovokation ist nichts anderes als ein althergebrachter Ersatz der negativen Feststellungsklage" (Guldener S. 68). – BGE 83 II 197.

entgegenstehenden Rechtes ein. Es wäre deshalb bei der wesens- und verfahrensmässigen Aehnlichkeit beider Verfahren nicht einzusehen, wohl die Klageprovokation, nicht aber auch das Aufrufsverfahren für zulässig zu erklären.

Durch das provokative Element des Aufrufsverfahrens wird das vorliegende Feststellungsbedürfnis überall dort befriedigt, wo mangels Kenntnis bestimmter Personen bzw. Beklagter nicht mit einer Feststellungsklage (positiv oder negativ) vorgegangen werden kann. Der von der neuen Rechtssprechung bei Gefährdung von Ansprüchen des Bundeszivilrechtes allgemein anerkannte materiell-rechtliche Anspruch auf (positive oder negative) Feststellung ist nur dann gewährleistet, wenn er auch auf solche Fälle Anwendung findet, wo die Rechtsunsicherheit gerade daher kommt, dass allfällige Drittansprecher unbekannt sind und somit auch nicht, gegen sie klagend, ein "gewisser" Rechtszustand hergestellt werden kann. Besteht der Rechtsschutz, den zu gewähren die eidgenössische Privatrechtsordnung die Kantone verpflichtet, allgemein in der gerichtlichen Klarstellung eines ungewissen Rechtszustandes, kann es nicht gelten, dass nur der klageweise[336] bzw. in einem Parteiverfahren[337] geltend gemachte Anspruch geschützt wird. Ansonsten wäre im Aufrufsverfahren der Rechtsschutz nur im Falle von Anmeldungen – wenn es anschliessend zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung zwischen Gesuchsteller und Anmelder kommt – gewährleistet, nicht aber im Falle von Nichtanmeldungen, wo mangels einer "Gegenpartei" die Rechtsgewissheit durch den Eintritt des im Aufruf angedrohten Rechtsnachteils herbeigeführt wird. Aufgrund von Nichtanmeldungen bzw. eines nicht zustande gekommenen Parteienverfahrens würde demnach der bundesrechtlich anerkannte Rechtsschutzanspruch nicht gewährt und der vor Einleitung des Aufrufsverfahrens bestehende ungewisse Rechtszustand würde fortbestehen, wie wenn überhaupt kein Aufrufsverfahren eingeleitet worden wäre. Da der Gesuchsteller aufgrund des unbekannten Personenkreises (der Unkenntnis allfälliger Adressaten) nicht klageweise vorgehen kann, müsste er zur Erlangung der Rechtsgewissheit unter

---

336 Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, S. 25. BGE 98 II 174.

337 Voyame S. 135.

Nachweis des Rechtsschutzinteresses so oft ein Aufrufsverfahren einleiten, bis sich jemand meldet und es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommt.

Aus diesen Ueberlegungen ist ersichtlich, dass die Gewährung des Rechtsschutzes nicht davon abhängen kann, ob ein Verfahren zwischen zwei Parteien zustande kommt bzw. ob ein Sachurteil durch Klage erwirkt werden kann oder nicht. Ist ein Rechtsschutzinteresse vorhanden, muss der bundesrechtlich anerkannte Rechtsschutz auf jeden Fall gewährt werden, wozu die Kantone vom eidgenössischen Recht her verpflichtet werden. Sie haben den Rechtsschutz in ausgedehntem Masse zu gewähren, falls die herkömmlichen Verfahren ihm nicht genügen. Steht das Bundesrecht nicht entgegen, sind die Kantone als Prozessgesetzgeber in der Ausgestaltung[338] der Verfahren frei und ermächtigt, den Schutz des Privatrechtes noch über das von ihm befolgte Mass auszudehnen. Nach BGE 84 II 691 sind die Kantone nicht daran gehindert, "über die vom eidgenössischen Recht geforderten Feststellungsansprüche hinaus noch weitere zuzulassen, sofern das eidgenössische Recht nicht ausdrücklich oder sinngemäss einen solchen Anspruch ausschliesst; ein Kanton dürfe daher auch weniger strenge Anforderungen an das Feststellungsinteresse stellen als das eidgenössische Recht; diese Zurückhaltung sei geboten, weil Eingriffe in das kantonale Prozessrecht nur dort erfolgen dürften, wo sie für die Durchsetzung des eidgenössischen Privatrechts unerlässlich sind."

In diesem Sinne haben einzelne Kantone ausdrücklich – analog der bundesrechtlichen Aufrufsverfahren[339] – kantonale Aufrufsverfahren gerade für diejenigen Fälle vorgesehen, wo die Rechtsungewissheit nicht durch eine Klage beseitigt werden kann[340].

---

338 BGE 83 II 198.

339 Vgl. § 10 I.

340 So ausdrücklich: Appenzell-I.-Rh. 258 Abs. 1 und Appenzell-A.-Rh. 232 Abs. 1. – Das Aufrufsverfahren ist somit als subsidiär zu betrachten. Wäre eine Klagemöglichkeit gegeben, würde es an einer Verfahrensvoraussetzung fehlen und das Verfahren könnte deshalb nicht in Anspruch genommen werden.

Das Aufrufsverfahren ist seiner Natur und dem Wortlaut der Gesetze nach auf jene Fälle beschränkt, wo der Gesuchsteller allfällige Dritte nicht kennt und daher weder mit ihnen verhandeln noch gegen sie klagen kann. Ist in diesen Fällen ein hinreichendes Interesse an der ungewissen Rechtslage erbracht, kann das Feststellungsbedürfnis nur dadurch befriedigt werden, dass allfällige unbekannte Dritte unter Androhung eines Rechtsnachteils zur Anmeldung entgegenstehender Rechte aufgerufen werden.

Durch das Aufrufsverfahren wird keine bestimmte Person bzw. Personengruppe gezwungen, "ein ihr wirklich oder vermeintlich zustehendes Recht wider ihren Willen oder früher als sie will geltend zu machen"[341] bzw. zu klagen. Das Aufrufsverfahren hat primär das Ziel, im Sinne einer Bestandesaufnahme Klarheit darüber zu erhalten, ob überhaupt Ansprüche vorhanden sind. Erst für den Fall, dass dem Gesuchsteller angemeldete Rechte entgegenstehen, ist zur endgültigen Bereinigung eine gerichtliche Auseinandersetzung erforderlich, die in einem vom Aufrufsverfahren unabhängigen Verfahren vor sich geht. Das Aufrufsverfahren schafft durch seinen Aufruf im Falle von Anmeldungen erst die Voraussetzung, damit allenfalls klageweise vorgegangen werden kann, ohne selbst zu einem streitigen Verfahren zu provozieren und ohne den Provokat als Kläger zu einem gerichtlichen Vorgehen zu zwingen. Durch das Aufrufsverfahren soll somit diejenige Rechtslage geschaffen werden, wie sie vorgängig jeder Anhebung einer Klage besteht und als Voraussetzung bestehen muss, ansonsten nicht geklagt werden kann.

Im Falle der Anmeldung von Rechten ist grundsätzlich nichts darüber ausgesagt, ob im Falle einer gerichtlichen Auseinandersetzung der Anmelder oder der Gesuchsteller zu klagen[342] bzw. wer die Kläger- und wer die Beklagtenrolle zu übernehmen habe. Das Aufrufsverfahren bezweckt durch die öffentliche Aufforderung die Anmeldung privater Rechtsansprüche und nicht

---

341 Alt BG über das Verfahren beim Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Art. 41.

342 Vgl. Klageprovokation: der Provokat ist in die Rolle des Klägers gedrängt bzw. er hat das behauptete Recht einzuklagen, ansonsten er es verwirkt.

die Klageanhebung. Durch den provokativen Charakter des Aufrufsverfahrens sollen somit alle unbekannten Rechte und Ansprüche zur Kenntnis gebracht werden, ohne dass die Anmelder dabei entgegen ihrem Willen über ihre Rechte zu verfügen gezwungen werden. Melden Dritte ihre Ansprüche an, ist ihre Disposition nach wie vor gewahrt, wie wenn überhaupt kein Aufrufsverfahren eingeleitet worden wäre. Gemäss dem im Bundesprivatrecht verankerten Grundsatz, dass die Berechtigten über die Ausübung ihrer Rechte frei entscheiden können, steht es den Anmeldern frei, ob und zu welchem Zeitpunkt sie klagen wollen oder ob sie das weitere Vorgehen[343] des Gesuchstellers abzuwarten gedenken.

Im Falle der Nichtanmeldung von Ansprüchen ist der angestrebte Rechtsschutz erreicht, wenn der angedrohte Rechtsnachteil zulasten der Nichtanmelder eintritt bzw. die Nichtanmeldung zugunsten des Gesuchstellers festgestellt wird. Der Gesuchsteller wird so behandelt, wie wenn überhaupt keine entgegenstehenden Rechte bestünden. Wurden innert Frist keine Anmeldungen angebracht, kann mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass auch tatsächlich keine entgegenstehenden Rechte existieren und, gestützt auf diese Vermutung, wird der Gesuchsteller in seiner Rechtslage geschützt. Der Rechtsschutz ist aber nur dann vollkommen, wenn die Vermutung auch trotz allfällig später geltend gemachter Rechte Dritter zugunsten des Gesuchstellers aufrechterhalten wird, so dass der allfällige, unbekannte Dritte ab diesem Zeitpunkt aller seiner Rechte verlustig geht, die denjenigen des Gesuchstellers entgegenstehen. Es tritt Verwirkung in dem Sinne ein, dass der Dritte seine Rechte nicht mehr anmelden kann bzw. dass er für seinen Anspruch keinen Rechtsschutz mehr findet. Dabei ist es lediglich eine Frage der Terminologie, ob mit der Verwirkung der Verlust des materiellen Rechtes oder des Klagerechtes gemeint ist. "Da ein subjektives Recht ohne Möglichkeit des Rechtsschutzes nicht bestehen kann, wird der Bestand des Rechtes selbst betroffen[344]."

Besteht das das Aufrufsverfahren begründende Rechtsschutzinteresse grundsätzlich darin, eine aufgrund von unbekannten Dritten herrührende Rechtsunsicher-

---

343 Negative und positive Feststellungsklage, eventuell Klageprovokation.

344 Guldener S. 66 Anm. 46.

heit des Gesuchstellers in eine sichere Rechtslage zu überführen, ist der Rechtsschutz auf jeden Fall zu gewähren. Ob sich Dritte melden oder nicht, kann nicht Kriterium sein. Massgebend ist allein, dass das Aufrufsverfahren in diesem speziellen Fall Rechtsschutz gewährt bzw. dass die Rechtsunsicherheit beseitigt wird; ob durch ein anschliessendes Parteienverfahren im Falle von Anmeldungen oder durch das Aufrufsverfahren selbst bei Nichtanmeldungen, ist nicht von Bedeutung.

2. Verwirkung

Ueber die "Verwirkung"[345] sind Doktrin und Praxis in bezug auf die Verletzung von Bundesrecht verschiedener Meinung. Während die Praxis den Eintritt der Verwirkung im Anschluss an die unbenutzte Aufrufsfrist bejaht, ist die Doktrin anderer Meinung.

Allgemein anerkannt ist, dass es im Interesse eines geordneten Verfahrens den Kantonen überlassen sein soll, als Säumnisfolge die prozessuale Verwirkung[346] eintreten zu lassen.

Kontrovers sind die Meinungen in dem Punkte, ob Bundesrecht verletzt sei, wenn die Kantone öffentliche Aufforderungen vorsehen, unter Androhung der Verwirkung Rechte anzumelden. Die Doktrin bringt die öffentliche Aufforderung in Beziehung mit der Klageprovokation[347] und macht die dort angebrachten Einwände auch hinsichtlich des Aufrufsverfahrens geltend. Dem-

---

345 "Ob Verwirkung als ein Verlust des materiellen Rechtes oder des Klagerechtes bezeichnet wird, ist eine Frage der Terminologie" (Guldener S. 66 Anm. 46).

346 Ist z.B. ein Kläger säumig, darf angenommen werden, er habe die Klage zurückgezogen und bei Säumnis des Beklagten, er anerkenne die Klagegründe und verzichte auf Einreden. – "Derartige Bestimmungen können zur Folge haben, dass ein nach Bundesrecht begründeter Anspruch ohne Rechtsschutz bleibt oder ein unbegründeter Anspruch durchgesetzt werden kann" (Guldener S. 66). – Auch Verwirkung eines Anspruchs ist vereinzelt angedroht, falls der Anspruch nicht rechtzeitig zum Gegenstand einer gerichtlichen Klage gemacht wird. Vgl. Basel-Land ZPO 85.

347 Guldener S. 131, Voyame S. 107 ff.

nach könne es nicht eine Frage des kantonalen Zivilprozessrechtes sein, ob durch passives Verhalten auf einen Aufruf hin ein Anspruch verwirke. Sowenig die Kantone Verjährungsfristen eidgenössischer Rechte abkürzen könnten, seien die Kantone kompetent, einen Berechtigten vor Ablauf der Verjährungsfrist unter Androhung der Verwirkung zur Geltendmachung seiner Rechte zu zwingen[348]. Während die Verwirkung nur hinsichtlich kantonaler Privatrechte für zulässig befunden wird, könnten die Kantone nicht dem Bundesrecht derogieren, indem sie zivilprozessuale Vorschriften aufstellten, welche die Verwirklichung des Bundesprivatrechts verunmöglichen oder hindern. Ob ein Anspruch durch Nichtanmeldung verwirken könne, sei eine Frage des Bundesprivatrechts, soweit der Anspruch aus diesem hergeleitet werde und deshalb sei Bundesrecht verletzt, wenn die Kantone nach unbenutztem Ablauf der Aufrufsfrist als Rechtsnachteil den Verlust auch der im Bundesprivatrecht begründeten Rechte vorsähen[349].

Demgegenüber hat sich die Praxis[350] auf den Standpunkt gestellt, das Aufrufsverfahren sei zur Gewährung des Rechtsschutzes in ganz bestimmten Fällen unentbehrlich und überall dort zuzulassen, wo die Rechtssicherheit auf keine andere Weise hergestellt werden könne. Der Auffassung der Doktrin[351], das Bundesrecht bestimme, wann ein Rechtsschutzinteresse vorhanden und wie dieser Rechtsschutz zu gewähren sei bzw. das Aufrufsverfahren verletze Bundesprivatrecht, ist folgendes entgegenzuhalten: Durch den Aufruf wird der Dritte aufgefordert, innert Frist Rechte anzumelden und nicht, Rechte vor Eintritt der Verjährung gerichtlich geltend zu machen. Anmeldungen ändern insofern nichts an der Rechtslage des Anmelders, als ihm nach wie vor das Klagerecht zukommt und es ihm – wie wenn er keine Rechte angemeldet hätte – frei steht, zu klagen oder nicht. Da es sich beim Aufrufsverfahren nicht um eine Klageaufforderung handelt, ist auch die Kläger- bzw. Beklagtenrolle in einem eventuell folgenden Rechtsstreit nicht fixiert. Die Dispositionsbefugnis ist durch die Anmeldung in

---

348 Voyame S. 123, Kummer, Klagerecht, S. 57, 61.

349 Guldener S. 68, Guntern S. 77.

350 Quinodoz S. 401 ff.

351 Guldener, Bundesprivatrecht und kantonales Zivilprozessrecht, S. 32, Voyame S. 123.

keiner Weise eingeschränkt, was auch für den Fall gilt, dass Anmeldungen ausbleiben und der Dritte seiner Rechte verlustig geht. In diesem Fall – wenn Rechte trotz ihres Vorhandenseins nicht angemeldet werden – kann davon ausgegangen werden, dass der Dritte trotz Kenntnis des Aufrufs bzw. des angedrohten Rechtsnachteils es aufgrund seiner freien Verfügungsbefugnis unterlassen hat, diese anzumelden. Gemäss der Dispositionsmaxime steht es dem Dritten frei, Ansprüche anzumelden oder nicht. Meldet einer seine Rechte an, kann er nach wie vor frei über diese verfügen; macht er trotz Kenntnis des angedrohten Rechtsnachteils keine Ansprüche geltend, disponiert er dabei über seine Rechte mit der Folge, dass diese untergehen. Damit verglichen sei die Stellung des Beklagten im Prozess, dem es freisteht, sich auf die Klage einzulassen oder nicht. Als Säumnisfolge tritt die prozessuale Verwirkung ein mit der Folge, dass der nach Bundesrecht begründete Anspruch ohne Rechtsschutz bleibt. In beiden Fällen, bei Anmeldung und Nichtanmeldung von Rechten, ist somit die Dispositionsfreiheit gewahrt und der Berechtigte in keiner Weise gezwungen, gegen seinen Willen über seine Rechte zu verfügen.

Man kann sich fragen, warum als Rechtsnachteil gerade der Verlust der nicht angemeldeten Ansprüche angedroht wird und nicht ein anderer. Dabei ist vom Zweck des Aufrufsverfahrens auszugehen, das die Schaffung der Rechtssicherheit bzw. die Beseitigung der Rechtsungewissheit anstrebt. Würden trotz Nichtanmeldung von Rechten diese weiterbestehen bzw. jederzeit geltend gemacht werden können, würde der ungewisse Rechtszustand weiter andauern und das Aufrufsverfahren wäre wirkungslos. Im Falle der Nichtanmeldung von Rechten wird Rechtssicherheit dadurch herbeigeführt, dass allfällig entgegenstehende Rechte für nichtexistent erklärt werden.

Dass als Rechtsnachteil der Untergang von Ansprüchen angedroht wird und nicht eine etwaige Verfügungsbeschränkung, liegt darin, dass der Aufruf sich an Unbekannt richtet. Sind allfällig entgegenstehende Rechte nicht bekannt, kann auch nicht für jeden Aufrufsfall ein besonderer, im Ermessen des Aufrufsrichters liegender Rechtsnachteil angedroht werden. Im Unterschied zur Klageprovokation, wo der Adressat bekannt ist und unter Androhung der Verwirkungsfolge zu einer bestimmten Klage provoziert wird,

steht das Aufrufsverfahren zur Schaffung der Rechtssicherheit dort zur Verfügung, wo weder die Adressaten bzw. ihre Rechte bekannt sind. Die das Aufrufsverfahren rechtfertigende ungewisse Rechtslage kann somit nur dadurch beseitigt werden, dass in Form einer Generalklausel der Untergang aller nicht oder nicht rechtzeitig angemeldeter Rechte angedroht wird. Jeder andere Rechtsnachteil würde dem Zweck des Aufrufsverfahrens nicht gerecht und den durch das nachgewiesene Feststellungsinteresse beanspruchten Rechtsschutz nur in unvollkommener Weise gewähren.

Gegen dieses Verfahren lässt sich umso weniger etwas einwenden, als auch das Bundesprivatrecht für Fälle, wo es eine aufgrund unbekannter Adressaten hervorgerufene ungewisse Rechtslage zu beseitigen gilt, das Aufrufsverfahren ausdrücklich vorsieht[352].

Soweit die kantonale Autonomie der zivilrechtlichen Verfahrensgesetzgebung nicht durch Bundesrecht eingeschränkt ist, steht es den Kantonen frei, zur Regelung privatrechtlicher Rechtsverhältnisse ebenfalls das Aufrufsverfahren vorzusehen. Der Unterschied zwischen dem bundesrechtlichen und kantonalen Aufrufsverfahren besteht einzig darin, dass dort das Aufrufsverfahren für ganz bestimmte Fälle vorgesehen ist, während hier das Aufrufsverfahren allgemein (im Sinne einer Generalklausel) allen von irgendwelcher Rechtsungewissheit betroffenen Rechtsvertahren Rechtsschutz bieten soll. Durch diese zivilprozessuale Vorschrift wird weder die Verwirklichung des Bundesprivatrechts verunmöglicht noch wird dadurch eine vom Bundesprivatrecht abweichende zivilrechtliche Vorschrift aufgestellt.

352 Z. B. ZGB 662, 555.

§ 10 VERWANDTE RECHTSINSTITUTE

I. Andere Aufrufsverfahren des Bundes und der Kantone

In der Gesetzgebung des Bundes und der Kantone gibt es Institute[353], die mit dem Aufrufsverfahren grundsätzlich gemeinsam haben:

- den Gesuchsteller;
- den Aufruf;
- den Aufrufsrichter;
- den unbekannten Personenkreis;
- die Androhung eines Rechtsnachteils;
- die Fristansetzung.

1. Die einzelnen Verfahren

A. Kraftloserklärung

Die Kraftloserklärung von Namens- und Inhaberpapieren[354], Wechseln[355], Schecks[356], wechselähnlichen und anderen Ordrepapieren[357], Schuldbriefen, Gülten und deren Zinscoupons[358] wird dadurch eingeleitet, dass der Gesuchsteller seinen früheren Besitz und Verlust glaubhaft macht. Darauf fordert der Richter den unbekannten Inhaber durch "öffentliche Bekanntmachung" auf, innerhalb bestimmter Frist die Urkunde vorzulegen, ansonsten die Karftloserklärung ausgesprochen werde. Bei Nichtvorlegung innert angesetzter Frist

---

353 Die Abgrenzung erfolgt nur gegenüber den wichtigsten verwandten Verfahren und ist deshalb keineswegs abschliessend. Weitere ähnliche Institute: ZGB 550 (Verschollenerklärung), SchlT 43 Abs. 2 (zur Bereinigung von dinglichen Rechten) usw.

354 OR 971, 972, 977, 981-989.

355 OR 1072-1080, 1098.

356 OR 1143 Ziff. 19.

357 OR 1147, 1151, 1152.

358 ZGB 870.

erklärt der Richter die Urkunde für kraftlos oder er kann je nach Umständen weitere Androhungen treffen.

Den durch den Inhalt bzw. Zweck sich bereits deutlich aufzeigende Unterschied zwischen dem "Aufrufsverfahren" und der Kraftloserklärung unterstreichen Appenzell-A.-Rh.[359] und St. Gallen[360] dadurch, dass sie in den Bestimmungen über das Aufrufsverfahren ausdrücklich die Vorschriften über die Kraftloserklärung vorbehalten, während andere Kantone darauf verweisen oder sie ausführen[361].

B. Auskündungsverfahren als Voraussetzung der ausserordentlichen Ersitzung

Besitzt ein im Grundbuch nicht Eingetragener ein Grundstück ununterbrochen und unangefochten während dreissig Jahren, erwirbt er dieses Grundstück u.a., wenn:

- das Grundstück nicht im Grundbuch aufgenommen ist[362];
- das Grundstück zwar im Grundbuch aufgenommen ist, der Eigentümer aber daraus nicht ersichtlich ist[363];
- der einstige Eigentümer bei Beginn der Ersitzungsfrist tot oder für verschollen erklärt war[364].

Nach Ablauf der Ersitzungsfrist erfolgt die Eintragung in das Grundbuch erst dann, wenn der Besitzer (Gesuchsteller) beim Richter der gelegenen Sache die Anordnung eines Aufrufsverfahrens erlangt hat und innert einer durch "amtliche Auskündigung" angesetzten Frist kein Anspruch erhoben oder der

---

359 ZPO 235 Abs. 2.

360 ZPO 402 Abs. 3.

361 Z.B. Nidwalden ZPO 210 ff.

362 ZGB 662 Abs. 1.

363 ZGB 662 Abs. 2.

364 ZGB 662 Abs. 2. – Oder wenn der verstorbene Eigentümer keine Erben hinterlassen hat oder wenn diese ebenfalls nicht bekannt sind; es fand keine amtliche Liquidation i.S. von ZGB 573 statt oder das Grundstück wurde in dieser Liquidation übersehen.

erfolgte Einspruch abgewiesen worden ist. Der Aufruf richtet sich an unbekannte, am betreffenden Grundstück Berechtigte, innert Frist Einspruch anzumelden, ansonsten der Richter[365] die Eintragung des Ersitzenden als Eigentümer im Grundbuch verfügt[366].

C. Erbenaufruf

Bietet die Ermittlung der Erben der Behörde Schwierigkeiten in dem Sinne, dass sie im ungewissen ist, ob überhaupt Erben oder wieviele im gesamten vorhanden sind, so hat die Behörde selbst[367] (in der Regel jene, welche die Erbschaftsverwaltung anordnete: Sicherungsbehörde) die Berechtigten "öffentlich aufzufordern"[368], sich innert Jahresfrist[369] zum Erbgange zu melden, ansonsten die Erbschaft unter Vorbehalt der Erbschaftsklage an das erbberechtigte Gemeinwesen fällt.

D. Verschollenerklärung

Ist der Tod einer Person höchstwahrscheinlich, weil sie in hoher Todesgefahr verschwunden ist oder seit langem nachrichtenlos abwesend ist, kann sie der Richter auf Gesuch derjenigen, die aus ihrem Tode Rechte ableiten, gemäss Art. 35 ff. ZGB für verschollen erklären. Dazu ist jedermann, der Nachrichten über den Verschwundenen oder Abwesenden geben kann, vom Richter "öffentlich aufzufordern", sich innert einer bestimmten Frist zu

---

365 ZGB 662 Abs. 3. Vgl. Zug ZPO 135 Ziff. 20, Thurgau ZPO 202 Ziff. 30, St. Gallen ZPO 411.

366 Das Bundesgericht (76 I 183) misst – entgegen der Doktrin über den aussergrundbuchlichen Eigentumserwerb – der Eintragung ins Grundbuch konstitutive Wirkung bei, so dass der Ersitzende erst dadurch und nicht ipso iure nach Ablauf der Ersitzungsfrist Eigentümer wird: absolutes Eintragungsprinzip.

367 ZGB 555. – Nicht auf Antrag eines Gesuchstellers und durch einen Richter.

368 Erbenruf oder Erbschaftsruf.

369 Ordnungsfrist: auch noch nach Ablauf sich meldende Erben sind zu berücksichtigen (SJZ 53 S. 144).

melden, ansonsten der Verschwundene oder Abwesende für verschollen erklärt wird und die aus seinem Tode abgeleiteten Rechte geltend gemacht werden können, wie wenn der Tod bewiesen wäre[370].

E. Oeffentliche Bekanntmachung der Baute

Nach kantonalem Baurecht[371] bzw. kantonalem Zivilprozessrecht[372] hat derjenige, der einen Bau errichten und sich gegen Einsprachen unbekannter Dritter schützen will, diese durch öffentliche Auskündigung des Bauvorhabens in den üblichen Publikationsorganen aufzufordern, innert Frist Einsprache zu erheben, ansonsten diese verwirken[374]. Die Verwirkung des Einsprache-rechtes bedeutet, dass der Bau nicht mehr verhindert werden kann, ohne dass allerdings der Betroffene dabei seiner übrigen[375] Ansprüche verlustig geht.

Die Gemeinsamkeit dieser Institute liegt demnach u.a. im Verfahrensablauf, in der Zuständigkeit der Behörde[376] und im Wesen[377]. Je nachdem, ob es sich dabei um ein Institut des Bundesrechtes[378] oder des kantonalen Rech-

---

370 ZGB 35 ff. Der angedrohte Rechtsnachteil trifft hier nicht die Aufgerufenen, sondern den Verschwundenen bzw. Abwesenden selber.

371 Z.B. Luzern, Baugesetz § 11.

372 Z.B. Thurgau ZPO 205 ff. Vgl. Zürich, Gesetz betreffend den Zivilprozess vom 13.4.1913, ZG 6, 295[1], § 299.

373 Die Bekanntgabe geschieht in Thurgau durch die Ortsbehörde, in Zürich durch den Gemeinderat.

374 Aargau sieht eine persönliche Aufforderung vor; in der Praxis jedoch ist die Aufforderung – wie in den anderen Kantonen – meist eine öffentliche; in beiden Fällen ist sie fakultativ.

375 ZGB 684: Klage auf Unterlassung übermässiger Immissionen; ZGB 685 Abs. 2, 674 Abs. 3: Einsprache im ordentlichen Verfahren, wenn die Baute eine Vorschrift des kantonalen oder eidgenössischen Nachbarrechtes verletzt; im Falle der Ueberbauung fremden Bodens geht ZGB 674 Abs. 3 dem kantonalen Recht vor.

376 Vgl. aber Anm. 367 u. 373.

377 Nichtstreitiges Verfahren; Antragsverfahren mit Ausnahme des Erbenaufrufes; Sonderverfahren, was auch daraus hervorgeht, dass die Kantone, wenn sie darauf Bezug nehmen, unter den "Besonderen Verfahren" oder in den "Besonderen Prozessvorschriften" darauf verweisen.

378 Kraftloserklärung von Urkunden, Erbenaufruf, Verschollenerklärung, öffentliche Auskündigung bei ausserordentlicher Ersitzung.

tes[379] handelt, ist das Verfahren bundesrechtlich bzw. kantonalrechtlich geregelt. Bei den bundesrechtlichen Aufrufsverfahren kommen insofern kantonalrechtliche Bestimmungen ergänzend zur Anwendung, als es an entsprechenden bundesrechtlichen Vorschriften fehlt. Das Nähere regeln dann entweder die kantonalen Einführungsgesetze zum ZGB bzw. Sondergesetze oder die kantonalen Zivilprozessordnungen[380].

2. Unterschiede

Das "Aufrufsverfahren" unterscheidet sich in folgenden Punkten grundsätzlich von diesen Instituten:

A. Zweck

Während das "Aufrufsverfahren" allgemein zur Verfügung steht[381], um die Ungewissheit über persönliche oder dingliche Ansprüche unbekannter Dritter zu beseitigen, beschränken sich die übrigen Aufrufsverfahren auf ganz bestimmte Einzelfälle. Die Verfahren können nur dann in Anspruch genommen werden, um durch sie den dafür in den gesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich umschriebenen Zweck zu erreichen:

- Die Androhung der Kraftloserklärung bezweckt die Beseitigung der Ungewissheit hinsichtlich abhandengekommener "Urkunden";
- Art. 662 ZGB: die Ungewissheit bezieht sich auf Eigentumsverhältnisse an Grundstücken;
- Art. 555 ZGB dient der Beseitigung der Ungewissheit über die Erbfolge;
- Die Ungewissheit, ob ein Abwesender oder Verschwundener noch lebt oder nicht soll beseitigt werden;

---

379 Baueinsprachen.

380 Z. B. Aargau ZPO 284 b, St. Gallen ZPO 404 ff., Luzern ZPO 363, Zug ZPO 135 Ziff. 20 usw.

381 Ausser Aargau ZPO 284, Wallis ZPO 354.

- Schutz des Bauherrn: der Bauherr soll davor geschützt sein, sein Gebäude nachträglich abändern oder gar abtragen zu müssen.

B. Inhalt des Aufrufs

Dementsprechend ist der Inhalt des Aufrufs auf diese besonderen Einzelfälle zugeschnitten:

- Der Aufruf richtet sich an ganz "bestimmte" unbekannte Adressaten[382]: an Inhaber von Urkunden, an an Grundstücken Berechtigte, an Erben, an jedermann, der Nachrichten über den Verschwundenen oder Abwesenden geben kann oder gegen alle diejenigen, die gegen den vorgesehenen Bau Einsprache erheben wollen.

- Die Adressaten sind aufgerufen, etwas ganz Bestimmtes zu tun: Urkunden vorzulegen, Einspruch zu erheben (ZGB 662 Abs. 3), sich zum Erbgang zu melden, sich zu melden (ZGB 36 Abs. 2) oder gegen den Bau Einspruch zu erheben.

- Der im Aufruf angedrohte Rechtsnachteil besteht demnach: in der Kraftloserklärung, es erfolgt die Eintragung ins Grundbuch, die Erbschaft fällt an das Gemeinwesen, in der Verschollenerklärung oder in der Verwirkung der Einspracherechte.

C. Abschluss des Verfahrens

Während das "Aufrufsverfahren" mit dem Fristablauf bzw. mit der Mitteilung der Verfügung an den Gesuchsteller abgeschlossen ist, gleichgültig, ob Anmeldungen erfolgt sind oder nicht, beschränken sich die übrigen Institute nicht darauf, nur im Falle von Nichtanmeldungen eine endgültige Regelung

---

382 Alle sind aufgerufen, welche vom Aufruf bzw. vom angedrohten Rechtsnachteil betroffen sind.

zu treffen[383]. Sie erwähnen deshalb ausdrücklich, wie die Beteiligten im Falle von Anmeldungen weiter vorzugehen haben bzw. wie das Verfahren weiterläuft und seinen Abschluss findet. Es wird also nicht dem Belieben des Gesuchstellers bzw. dem des Anmelders überlassen, wie im Aufrufsverfahren selber zu bestimmen, wie und wann die endgültige Regelung getroffen wird. Im Namen der Rechtssicherheit ist es den verwandten Instituten daran gelegen, die das Verfahren veranlassende Rechtsunsicherheit möglichst rasch aus der Welt zu schaffen, um so bald als möglich wieder einen geordneten Rechtsverkehr zu garantieren. Die übrigen Aufrufsverfahren sind im Unterschied zum "Aufrufsverfahren" somit erst abgeschlossen, wenn der angestrebte Zweck – die Beseitigung der Ungewissheit bezüglich der jeweiligen Rechtslage – auch tatsächlich erreicht ist. In diesem Sinne wird

- dem Gesuchsteller Frist zur Anmeldung der Klage auf Herausgabe der "Urkunde" gesetzt;
- dem Ansprecher Frist gesetzt zur Eigentumsklage vor dem ordentlichen Richter;
- die Erbschaft an die mutmasslichen Erben ausgehändigt oder der Erbschein ausgestellt;
- bei erlangter Lebenskunde das Verfahren eingestellt;
- ein Aufruf erlassen und dem Einsprechenden eine Frist gesetzt, den Baustreit beim zuständigen Richter anhängig zu machen.

II. Provokation

Vom Aufrufsverfahren deutlich zu unterscheiden sind die Klageprovokation[384] und die mit ihr verwandten Institute des Bundesrechts[385] und der kantonalen Zivilprozessordnung[386].

---

383 Vgl. Aufrufsverfahren: im Falle der Nichtanmeldung tritt in der Regel die Ausschlusswirkung ein bzw. der Nichtanmelder geht seiner Ansprüche verlustig.

384 Z. B. Wallis ZPO 359ff., Luzern ZPO 333ff., Aargau ZPO 272ff., Basel-Land 255 ff., Thurgau ZPO 209 ff., Zug ZPO 138 ff.

385 SchKG 107, 109, 111.

386 Aufforderung in Bausachen: Wallis ZPO, Aargau ZPO 280 usw.; Auf-

Zweck dieses Verfahrens ist es, durch das Gericht[387] feststellen zu lassen, dass ein behaupteter[388] Anspruch bzw. Einspruch/Einwendung[389] nicht besteht[390]. Werden hier entgegenstehende Behauptungen bzw. Einwendungen geltend gemacht, deren Nichtbestehen mittels Provokation festgestellt werden soll, entfällt die das Aufrufsverfahren begründende Ungewissheit, ob überhaupt solche bestehen. Wo Behauptungen aufgestellt bzw. Einsprachen erhoben werden, ist auch zwangsläufig der Adressat bekannt, so dass der Zweck der Provokation nicht darin liegt, herauszufinden, ob überhaupt entgegenstehende Interessen vorliegen, sondern – einen Schritt weiter[391] – gerichtlich feststellen zu lassen, dass diese nicht berechtigt sind.

Der durch die Provokation angestrebte Zweck ist somit – im Unterschied zum Aufrufsverfahren – nur dadurch zu erreichen, dass die bestimmten Personen bzw. die Einsprecher persönlich aufgefordert werden:
- zu klagen[392];
- ihre Einwendungen geltend zu machen (Einsprachen zu erheben)[393];
- Rechnung zu stellen oder die Rechnung zu bemängeln bzw. anzuerkennen.

---

forderung zur Rechnungsstellung und/oder zur Genehmigung oder Bemängelung einer Rechnung: Schaffhausen ZPO 303 ff., St. Gallen ZPO 397 ff., Zug ZPO 143 ff., Aargau ZPO 297 ff.

387 Ausser SchKG 107, 109, 111: der Aufruf wird durch das Betreibungsamt erlassen.

388 Ausser beim Aufruf zur Rechnungsstellung, Genehmigung oder Bemängelung einer Rechnung.

389 Aufforderung in Bausachen.

390 Verschiedentlich steht die Klageprovokation auch zur Verfügung, um den säumigen Kläger nach dem friedensrichterlichen Vermittlungsversuch aufzufordern, die Klage gerichtshängig zu machen (Aargau ZPO 272 Abs. 1 b) oder um zu vermeiden, dass Einreden des Aufforderers gegen die Klage des Aufgeforderten bei längerer Verzögerung der Anhebung der Klage ihre Zulässigkeit oder Wirksamkeit verlieren (Aargau ZPO 272 Abs. 1 c, Luzern ZPO 334 b).

391 In diesem Sinne ist es auch möglich, nach Beendigung des Aufrufsverfahrens – im Falle von Anmeldungen – die gerichtliche Auseinandersetzung durch eine Klageprovokation herbeizuführen.

392 Kantonale Klageprovokation und SchKG 107, 109, 111.

393 Baueinsprachen.

Wird die Klageprovokation im Provokationsprozess für zulässig[394] erklärt, ist es der Provokat, der den folgenden Hauptprozess einzuleiten hat, währenddem im Aufrufsverfahren aufgrund des unbekannten Personenkreises niemand dazu aufgefordert werden kann.

Der grundsätzliche Unterschied zwischen Aufrufsverfahren und dem Provokationsverfahren besteht darin, dass die dem Gesuchsteller entgegenstehenden Behauptungen bzw. Einwendungen bereits bekannt sind und somit auch deren Träger, so dass diese – ohne öffentlichen Aufruf – persönlich zu einem Tun aufgefordert werden. Es entfällt somit der für das Aufrufsverfahren so typische Zweck einer Bestandesaufnahme von Ansprüchen unbekannter Dritter, die nur durch einen öffentlichen Aufruf überhaupt erfasst werden können.

Die Gemeinsamkeit von Aufrufsverfahren und Provokationsverfahren besteht darin, dass sich beide Institute der Provokation bedienen, um ihren Zweck zu erreichen. In beiden Verfahren wird der Richter[395] auf Antrag des Gesuchstellers hin tätig. Das Aufrufsverfahren wie die persönliche Aufforderung drohen einen Rechtsnachteil[396] an, falls die unbekannten bzw. bekannten Adressaten nicht innert Frist tätig werden[397], allerdings mit dem Unterschied, dass die persönliche Aufforderung bzw. der damit angedrohte Rechtsnachteil nur gegenüber den namentlich aufgeforderten Personen Wirkung hat.

---

394 Vgl. Aargau ZPO 278 Abs. 1, Thurgau ZPO 210.

395 Ausser SchKG 107, 109, 111: der Betreibungsbeamte.

396 – Aufrufsverfahren: in der Regel Verlust der Ansprüche;
– Provokation:
  – Kantonale Klageprovokation und SchKG 107, 109; Verlust der Ansprüche (111: Ausschluss des Anspruchs nur in der jetzt stattfindenden Pfändung);
  – Bausachen: Verwirkung des Einspracherechtes;
  – Rechnungsstellung: die Rechnungsstellung wird auf Kosten des Beklagten einem Dritten übertragen;
  – Aufforderung zur Bemängelung der Rechnung: die Rechnung wird als anerkannt betrachtet.

397 Aufrufsverfahren: Anmelden von Ansprüchen;
Provokation: klagen, Einwendungen erheben oder Rechnung stellen, anerkennen, bemängeln.

III. Allgemeine Verbote

Einige Kantone sehen heute noch sogenannte "Allgemeine Verbote"[398] vor, die nicht gegen bestimmte Personen gerichtet sind. Sie werden auf einseitiges Gesuch hin – nachdem der Gesuchsteller sein Recht und die Störung glaubhaft gemacht hat – vom zuständigen Richter erlassen und sind bekanntzumachen. Wer durch ein allgemeines Verbot in seinen Rechten verletzt wird, kann innert bestimmter Frist beim Richter, der das Verbot erlassen hat, Aufhebung oder Abänderung desselben verlangen. Die allgemeinen Verbote sind in der Regel zum Schutze von Grundstücken[399] gegen unberechtigte Handlungen vorgesehen, wodurch weitere Störungen untersagt bzw. verboten werden.

Es fehlt das provokative Element eines "Aufrufs", das die unbekannten Adressaten unter Androhung eines Rechtsnachteils[400] innert bestimmter Frist zu einem Tun veranlasst[401]; sie werden bloss zum Unterlassen der unberechtigten Handlungen angehalten. In der heutigen Ausgestaltung sind die Rechtsbote dem Aufrufsverfahren insofern ähnlich, als sie sich ebenfalls durch öffentliche Bekanntmachung an Unbekannte richten. Die öffentliche Bekanntmachung bezweckt aber nicht in erster Linie[402] die Schaffung von Gewissheit über eine unsichere Rechtslage, sondern strebt konkret den Rechtsschutz bzw. die Beseitigung von Störungen unbekannter Dritter an[403].

---

398 Z. B. Schnwyz ZPO 179, Schaffhausen ZPO 298a, Aargau ZPO 257 ff., Nidwalden ZPO 193. – "Allgemeines Amtsverbot" (Graubünden ZPO 175), "Allgemeine Rechtsbote" (Glarus ZPO 293 ff.), "Verbot nicht gegen eine bestimmte Person" (Basel-Land ZPO 249 Abs. 2).

399 Vgl. Schwyz ZPO 179 Abs. 1 (zum Schutze des Grundeigentümers), Aargau ZPO 257 (Störung in Besitz oder Gebrauch des unbeweglichen Eigentums oder der Dienstbarkeit an einer unbeweglichen Sache oder in der rechtlichen Innehabung einer solchen).

400 Bei einer Busse (vgl. Aargau ZPO 261, Glarus ZPO 295 Abs. 2) handelt es sich lediglich um eine Ungehorsamsstrafe.

401 Die Rechtsbote können nur verbieten, nicht gebieten.

402 Erst sekundär, falls die Betroffenen innert Frist die Verbote anfechten.

403 Dementsprechend erfolgt der Erlass der allgemeinen Verbote vereinzelt im Befehlsverfahren (Schwyz ZPO 179, Schaffhausen ZPO 298a, Luzern ZPO 350).

§ 11 ANWENDUNG UND BEDEUTUNG

I. Anwendung

Soweit die Vorschriften des Bundes oder der Kantone nicht etwas anderes bestimmen[404], kommt das kantonale Aufrufsverfahren grundsätzlich überall dort zur Anwendung, wo es ausdrücklich in der kantonalen Zivilprozessordnung vorgesehen ist[405]. Dies rechtfertigen sowohl der Ausnahmecharakter bzw. die Ausserordentlichkeit des Institutes als auch der Umstand, dass diese Form des Rechtsschutzes nicht unumstritten ist. Steht die Klagemöglichkeit als allgemein anerkannte Form des Rechtsschutzes jedermann offen, der ein Rechtsschutzbedürfnis nachweist, ohne dass von der Zivilprozessordnung ausdrücklich darauf verwiesen wird, steht das Aufrufsverfahren nur in denjenigen Fällen zur Verfügung, wo der Rechtsschutz mangels Kenntnis der Gegenpartei nicht durch Klageerhebung oder andere Aufrufsverfahren[406] gewährt werden kann. Obwohl dieser subsidiäre Charakter des Aufrufsverfahrens nicht überall ausdrücklich festgehalten wird[407], legitimiert nur diese einschränkende Anwendungsweise überhaupt den Bestand des Institutes. Ist die Kenntnis einer Gegenpartei doch eher die Regel und kann in diesen Fällen klageweise vorgegangen werden, ist das Aufrufsverfahren gerade für die Fälle vorgesehen, wo die aufgrund der Unkenntnis Dritter entstandene Rechtsunsicherheit nicht anders beseitigt werden kann als durch den Aufruf an Unbekannt, sich zu melden, um dann je nachdem[408] auf dem Prozesswege bzw. klageweise die Rechtslage zu klären. Das Aufrufsverfahren ist als ausserordentliches Verfahren ein Vorverfahren in dem Sinne, als es die Bestandesaufnahme unbekannter Dritter bezweckt. Erst sekundär, im Falle der Nichtanmeldungen von Ansprüchen, strebt das Aufrufsverfahren namens der Rechtssicherheit selbst durch einen endgültigen, materiell-rechts-

---

404 Vgl. die verwandten Institute des Bundes und der Kantone.

405 Vgl. Einleitung.

406 Vgl. Verfahren zur Verschollenerklärung (ZGB 550) oder Erbenaufruf (ZGB 555): Max. X Nr. 350.

407 Nur Appenzell-I.-Rh. ZPO 258 und Appenzell-A.-Rh. ZPO 323.

408 Ob sich Gesuchsteller und Anmelder gütlich einigen können oder nicht.

kräftigen Entscheid die Beseitigung der Rechtsungewissheit an. Aufgrund dieser subsidiären Stellung des Aufrufsverfahrens als ausserordentliches Verfahren zum ordentlichen Verfahren der klägerischen Auseinandersetzung und seiner auf ganz bestimmte Fälle eingeschränkten Anwendung ist es gerechtfertigt, dieses Institut nicht gleich der Klage allgemein zur Verfügung zu stellen, sondern es als Ausnahmeverfahren nur dort zuzulassen, wo es ausdrücklich vorgesehen ist.

Die Kantone sehen das Aufrufsverfahren grundsätzlich überall dort vor, wo es ungewiss ist, ob Personen vorhanden sind, die persönliche oder dingliche Ansprüche bzw. Rechtsansprüche geltend machen können oder wollen.

Während durch diese allgemeine Formulierung der Anwendungsbereich möglichst breit gestaltet ist und durch die Subsumierung jede Rechtsungewissheit des Privatrechts beseitigt werden kann, beschränkt Aargau[409] die gerichtliche Aufforderung auf ganz bestimmte Fälle.

Desgleichen sieht Wallis[410] die öffentliche Vorladung unbekannter Beteiligter nur dann vor, wenn es gegen dingliche Rechte Dritter an Grundstücken, die im Grundbuch nicht eingetragen werden müssen, Sicherheit zu erhalten gilt.

Nidwalden[411] kennt die "Provokation" nur für die Fälle, wo die Ungewissheit über Personen mit dinglichen Rechten zu beseitigen ist.

II. Bedeutung

Das Aufrufsverfahren gewinnt vor allem bei der Klärung dinglicher Rechte bzw. Rechtsverhältnisse an Bedeutung[412]. Dingliche Rechte sind absolute,

---

409 ZPO 284, allerdings unter Vorbehalt von ZPO 285.

410 ZPO 354: nur bei Dienstbarkeiten.

411 ZPO 207.

412 Appenzell-I.-Rh. ZPO 258 Abs. 1 führt ausdrücklich als Beispiel die "Verlegung oder Aufhebung von Wegen" an. – Daneben ist auch die Beseitigung der Ungewissheit hinsichtlich persönlicher Ansprüche nicht ohne Bedeutung. Vgl. Max. X Nr. 274, 350, 422 (Liquidation von Depositalkasseneinlagen).

gegenüber jedermann wirkende Rechte. Was alle beachten müssen, soll nun aber von der Allgemeinheit auch klar erkannt werden können, weshalb die dinglichen Rechte vom Publizitätsprinzip beherrscht werden. Das Rechtsschutzbedürfnis ergibt sich somit aus dem Grundsatz der Offenkundigkeit.

Das Publizitätsprinzip ist nun überall dort nicht verwirklicht, wo einerseits das eidgenössische bzw. das provisorische[413] Grundbuch noch nicht eingeführt ist oder eine gleichgestellte[414] kantonale Publizitätseinrichtung fehlt, andererseits dort, wo zwar das eidgenössische Grundbuch vorliegt, aber bezogen auf dingliche Rechte, die nicht eingetragen werden müssen:

- Anstelle des eidgenössischen bzw. provisorischen Grundbuches bestehen in der Regel kantonale Einrichtungen gemäss SchlT 48, denen allerdings nur die negative Grundbuchwirkung[415] zukommt, d.h. gutgläubige Dritte können sich nicht auf den Eintrag verlassen bzw. eine Grundbuchwirkung zugunsten des gutgläubigen Dritten besteht nicht. Die Bereinigung dinglicher Rechte ist nicht durchgeführt und die betroffenen Einrichtungen (Register) geben keine zuverlässige Auskunft über die dingliche Belastung der Grundstücke. Da teils kein Dienstbarkeitsregister[416] geführt wird, ist die Kenntnis von dinglichen Rechten an Grundstücken, d.h. von Dienstbarkeiten somit nur durch das Aufrufsverfahren möglich[417].

- Aber auch dort, wo das Grundbuch eingeführt ist, besteht Rechtsunsicherheit über solche dingliche Rechte, die nach 1912[418] begründet wurden und die nach ZGB nicht eingetragen werden müssen[419]. Vereinzelt sehen die

---

413 Abgesehen von den Plänen, welche nicht auf eidg. Vermessung beruhen, besteht für das provisorische Grundbuch die gleiche Rechtslage wie für das eidg. Grundbuch: pos. und neg. Rechtskraft.

414 SchlT ZGB 46.

415 Aufgrund der fehlenden pos. Rechtskraft ist auch die Ersitzung von solchen Grundstücken möglich, die in die kantonale Einrichtung aufgenommen sind.

416 Vgl. Wallis. Guntern S. 107.

417 Vgl. Max IX Nr. 651 (Die Servitutsberechtigten sind aus dem Hypothekarprotokoll nicht ersichtlich).

418 Am 1. Januar 1912 trat das ZGB in Kraft.

419 ZGB 676 Abs. 3 (Leitungen), ZGB 691 Abs. 1 (Wegrechte).

kantonalen Gesetze[420] landwirtschaftliche Dienstbarkeiten vor, die ohne Eintragung in das Grundbuch existieren. Dass man diese dinglichen Rechte nicht dem Eintragungsprinzip unterstellt, wird damit begründet, sie seien äusserlich wahrnehmbar und damit sei das Rechtsschutzbedürfnis befriedigt. Deshalb auch das Aufrufsverfahren für überflüssig zu erklären ist insofern ungerechtfertigt, als zwar durch die äusserliche Erscheinung der Bestand solcher Rechte einsichtig wird, nichts aber über die daran Berechtigten ausgesagt wird. Es nützt somit dem Interessenten wenig, wohl Kenntnis von Rechten zu haben, nicht aber von deren Träger, an welche er sich zwecks Klärung der Rechtslage halten könnte. Die durch die äusserliche Wahrnehmbarkeit somit nur unvollkommen hergestellte Publizität ist durch das Aufrufsverfahren zu ergänzen, das die Berechtigten der sichtbaren dinglichen Rechte auffordert, sich zu melden bzw. ihre Rechte anzumelden. Das Aufrufsverfahren dient demnach dazu, auch hinsichtlich nicht eintragungsbedürftiger, äusserlich wahrnehmbarer dinglicher Rechte das Publizitätsprinzip zu verwirklichen.

- Die Publizität bestehender Rechte ist trotz Einführung des Grundbuches ferner dort überall nicht gewährleistet, wo es um dingliche Rechte geht, die vor 1912 begründet wurden. Obwohl SchlT 43 ausdrücklich bestimmt, bei Einführung des Grundbuches alle bereits bestehenden dinglichen Rechte zur Eintragung zu bringen und zu diesem Zwecke ein Bereinigungsverfahren vorgesehen ist[421], behalten nach SchlT 44 Abs. 1 die dinglichen Rechte des bisherigen Rechts, die nicht eingetragen bzw. nicht angemeldet werden, trotzdem ihre Gültigkeit[422], mit dem Unterschied, dass sie Dritten, die sich im guten Glauben auf das Grundbuch verlassen, nicht entgegengehalten werden können. Der Gesuchsteller hat nun die Möglichkeit, mittels Aufrufsverfahrens die Berechtigten solcher Rechte zur Anmeldung aufzufordern, ansonsten diese untergehen[423].

---

420 Z. B. Wallis, kant. GBVO vom 17. 4. 1920 betreffend Führung des kantonalen Grundbuches 63: landwirtschaftliche Dienstbarkeiten, die "sichtbar sind" und "sich aus dem nachbarrechtlichen Verhältnis ergeben" (Bewässerungs- und Zu- und Durchgangsrecht zwecks Bewirtschaftung).

421 SchlT ZGB 43 Abs. 2 und 3.

422 Auch SchlT ZGB 21.

423 Analog zu SchlT ZGB 44 Abs. 2.

Im Unterschied zum rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb, wo der Erwerbsgrund "dem Erwerber gegen den Eigentümer einen persönlichen Anspruch auf Eintragung und bei Weigerung des Eigentümers das Recht auf gerichtliche Zusprechung des Eigentums"[424] gibt, tritt in den Fällen des nicht rechtsgeschäftlichen Eigentumerwerbs der Erwerb unabhängig vom Grundbucheintrag ein[425] und der Erwerber kann die Eintragung von sich aus erwirken[426]. Solche Tatbestände ausserbuchlichen Erwerbs – worunter auch das richterliche Urteil fällt – sind allerdings nicht abschliessend[427] in Artikel 656 Abs. 2 aufgezählt. Urteile bzw. Verfügungen und Urteilssurrogate führen zu gesetzlichem Eigentumserwerb, sofern sie in formelle Rechtskraft erwachsen und dadurch die Rechtsänderung herbeigeführt wird, ohne dass es noch der Vollstreckung bedarf[428].

Die Verfügung des Aufrufsrichters[429] oder das eventuelle Urteil des Prozessrichters[430] im Anschluss an das Aufrufsverfahren führen als "Feststellungsentscheide" mit Gestaltungswirkung insofern eine Rechtsänderung herbei, als die über den Bestand eines Rechtsverhältnisses bzw. Rechtes bestehenden Zweifel beseitigt werden. Der Eigentumserwerb vollzieht sich somit von Gesetzes wegen bzw. die Grundbuchwirkung hat lediglich deklaratorische Bedeutung.

---

424 ZGB 665 Abs. 1. – Absolutes Eintragungsprinzip: Eigentum wird erst durch die Eintragung begründet (ZGB 656 Abs. 1).

425 Relatives Eintragungsprinzip: deklaratorische Bedeutung (ZGB 656 Abs. 2). – Allerdings kann er erst darüber verfügen, wenn die Eintragung erfolgt ist.

426 ZGB 665 Abs. 2.

427 Meier-Hayoz N 75 zu Art. 656 ZGB: "Der Geltungsbereich des relativen Eintragungsprinzips erstreckt sich auf sämtliche nicht ausdrücklich anders geregelte Tatbestände des nicht rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerbs."

428 Z. B. Gestaltungsurteil: Erfordernis des Gestaltungscharakters; Feststellungsurteil: bestehendes Eigentum wird bekräftigt, ohne dass neues geschaffen wird; Leistungsurteil: obligatorischer Anspruch auf Eigentumsübertragung.

429 Mit der Feststellung, Anmeldungen seien nicht erfolgt.

430 Mit der Feststellung, ein erfolgter Einspruch sei abgewiesen worden.

Im Unterschied zum Auskündungsverfahren bei der ausserordentlichen Ersitzung, das verschiedentlich als bloss formelle Voraussetzung des Rechtserwerbes durch Ersitzung betrachtet wird[431], weil der damit angestrebte Zweck schon anderswie erfüllt worden ist, schafft der Aufruf in unserem Aufrufsverfahren selbst Recht (stellt einen Erwerbstitel dar) bzw. ersetzt einen materiell-rechtlichen Erwerbsgrund, gestützt darauf sich der Eigentumserwerb von Gesetzes wegen vollzieht[432].

Die Bestimmungen über den Erwerb von Grundeigentum[433] sind analog auf beschränkt-dingliche Rechte anzuwenden[434], was bedeutet, dass mittels Aufrufsverfahrens auch die Zusprechung von Grunddienstbarkeiten, Nutzniessung und anderen Dienstbarkeiten sowie von Grundlasten erfolgen kann.

Gerade bei dinglichen Rechten steht das Aufrufsverfahren als unentbehrliches Instrument zur Verfügung, um die an der Sache unbekannten Berechtigten festzustellen. Diese Einrichtung gilt als angemessener Ausgleich zur absoluten Wirkung dinglicher Rechte (nur von anderer Seite).

Es ist zum Beispiel nicht einzusehen, warum einerseits der unbekannte Dritte, sich auf diese Absolutheit berufend, gegen jeden Empfänger einer gestohlenen, verloren gegangenen oder sonst wider seinen Willen abhanden gekommenen Sache während fünf Jahren[435] vorgehen kann, diesem es aber andererseits verunmöglicht wird, sich vorzeitig über eventuelle dingliche Ansprüche Dritter gegen ihn zu vergewissern, um allfällige Rechtseinbussen zu verhindern. Es stimmt nicht mit dem Sinn des Besitzerschutzes überein, den Empfänger einer Sache dem Belieben des Besitzers auszusetzen, ohne ihm seinerseits die Möglichkeit zu geben, allfällige unbekannte Besserberechtigte ausfindig zu machen und sich dadurch vorzusehen.

---

431 Liver ZBJV 94 (1958) S. 28; Meier-Hayoz N 21 zu ZGB 662. (Aber Bundesgericht in 76 I 184: Eigentumserwerb durch Eintragung ins Grundbuch).

432 ZGB 656 Abs. 2.

433 ZGB 656, 665.

434 ZGB 731 Abs. 2, 746 Abs. 2, 776 Abs. 3, 781 Abs. 3, 783 Abs. 3.

435 ZGB 934 Abs. 1.

Der Absolutheit dinglicher Rechte entspricht die Erkennbarkeit von deren Bestand und Inhalt. Wo diese Publizität fehlt und demnach Ungewissheit über die Rechtslage herrscht, muss ergänzend die Möglichkeit bestehen, dass sich Private aus eigener Initiative heraus endgültig Rechtsklarheit verschaffen können.

Das Bundesrecht verlangt neben dem nötigen Rechtsschutz für jedes Recht – Geltendmachung durch Klage und Vollstreckung – darüber hinaus noch, dass – sofern ein genügendes Interesse vorliegt – zweifelhafte Rechte durch den Richter festgestellt werden können. Zu einer möglichst weitgehenden Rechtsordnung ist nämlich erforderlich, dass sie erkennbar sei; wo sie das nicht ist, muss sie erkennbar gemacht werden.

Das Aufrufsverfahren steht nun gerade in solchen Fällen zur Verfügung, wo die Rechtssicherheit auf keinem anderen Wege festgestellt werden kann als durch einen öffentlichen Aufruf mit provokativem Charakter[436].

Während die Aufforderung zur Klage gerade wegen der "Provokation" gegen den Grundsatz, dass niemand gegen seinen Willen zur Klage gezwungen werden könne, verstösst und daher je länger je mehr von der negativen Feststellungsklage verdrängt wird[437], verletzt das Aufrufsverfahren keinen Grundsatz der Rechtsordnung – die Dispositionsbefugnis ist trotz Anmeldung nach wie vor gewahrt – und kann auch durch kein anderes Institut ersetzt werden.

Die Bedeutung des Aufrufsverfahrens geht auch daraus hervor, dass das Bundesrecht verwandte Verfahren zur Beseitigung der Rechtsungewissheit vorsieht[438].
Damit ist eindeutig erwiesen, dass es zur Klärung bestimmter Rechtssituationen solcher Verfahren bedarf, soll der bundesrechtlich anerkannte Feststellungsanspruch auch tatsächlich umfassend gewährt werden.

Umso eher mag es erstaunen, dass nur noch wenige Kantone an diesem Verfahren festhalten und die übrigen dieses Institut scheinbar aufgrund der ge-

---

436 Vgl. Max. X Nr. 350.

437 Heer S. 50, 52, 53; SJZ 1911 (8) S. 56; Guldener S. 131.

438 Vgl. § 10 I., ferner deutsches ZPR §§ 946-1024.

ringen Inanspruchnahme aufgegeben haben[439]. Kriterium für den Bestand dieses Instituts kann aber nicht die Häufigkeit seiner Anwendung sein, sondern allein die Tatsache, dass ohne ein solches Verfahren der Rechtsschutz nicht mehr vollkommen gewährleistet ist.

---

439 Steht im Zusammenhang mit der Einführung des eidgenössischen Grundbuches bzw. der damit verbundenen Bereinigung dinglicher Rechte gemäss SchlT ZGB 43.

Lebenslauf

Geboren am 4. April 1948, von Brig/VS, ledig. Ich besuchte von 1960-66 das Kollegium Sarnen und schloss 1968 an der Kantonsschule Brig mit der eidgenössischen Maturitätsprüfung Typus A ab. Nach 4 Semestern an der Universität Fribourg setzte ich mein Rechtsstudium an der Universität Zürich fort. Am 30. April 1975 wurde ich zum Lizentiaten promoviert. Vom 1. September 1976 bis zum 31. Januar 1979 absolvierte ich in einem Zürcher Advokaturbüro das auf einen Erwerb des Zürcher Anwaltpatentes ausgerichtete Praktikum. Am 14. Februar 1979 wurde ich von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zum Dr. iur. promoviert.